

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MARIANA DE AGUIAR BUERGER

INCOMPOSSIBILIDADE ENTRE OS CRIMES DE CONCUSSÃO E CORRUPÇÃO
ATIVA: UMA ANÁLISE DE CASO À LUZ DA CONCEPÇÃO SIGNIFICATIVA DA
AÇÃO

CURITIBA

2018

MARIANA DE AGUIAR BUERGER

INCOMPOSSIBILIDADE ENTRE OS CRIMES DE CONCUSSÃO E CORRUPÇÃO
ATIVA: UMA ANÁLISE DE CASO À LUZ DA CONCEPÇÃO SIGNIFICATIVA DA
AÇÃO

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito, Curso de
Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Professor Doutor Paulo César Busato.

CURITIBA

2018

Dedico este trabalho aos meus pais,
Márcia e Sérgio,
responsáveis por cada passo da minha formação.

AGRADECIMENTOS

Começo meus agradecimentos com uma atribuição de culpa. Há três anos e meio, entrei em sala de aula convicta de que seria constitucionalista até meus últimos dias. Bastaram cinquenta minutos – quiçá, trinta – de exposição do Professor Paulo César Busato para me convencer do contrário. Ao longo dos últimos anos, mais do que concepção significativa de ação e dosimetria da pena, aprendi com o Professor que os melhores trabalhos advêm de motivações maiores do que o próprio Direito e que os melhores professores atestam seu êxito pela qualidade de seus discípulos. Obrigada, mestre, por me apresentar os encantos e os vícios do Direito penal, pela oportunidade de ser sua orientanda e por tudo o que me proporcionou depois de minha primeira manifestação indignada sobre imputabilidade. Espero contar com suas lições, com seu apoio e com sua amizade por mais muitas décadas.

Agradeço à Universidade Federal do Paraná e, em nome da professora Estefânia Maria de Queiroz Barboza, a cada um de meus professores, que alimentaram em mim o velho sonho da docência.

Agradeço à Universitat de València, em nome dos Professores José Luiz González Cussac, Elena Górriz Royo e Lucía Martínez Garay, pela hospitalidade e por cada ensinamento. Parte de minhas aspirações se devem aos meses que passei em Valência.

Agradeço aos doutores Antônio Augusto Lopes Figueiredo Basto, Luís Gustavo Rodrigues Flores, Maria Francisca Sofia Nedeff Santos e Rodolfo Herold Martins, não somente pela oportunidade e pelo aprendizado ao longo dos últimos dois anos, mas por despertarem em mim uma paixão pela advocacia que eu jamais imaginara que existiria.

Agradeço à Camile pelas lições de humildade e cooperação que a cada dia contribuem para a formação do meu caráter como profissional.

Agradeço ao Tomás, por me lembrar todos os dias de que existe humor em meio ao caos. Obrigada, meu amigo, por ter aceitado ser, ainda que indireta e informalmente, meu primeiro aluno.

Agradeço ao doutor Tracy Reinaldet, além da imensurável contribuição a este trabalho como membro da banca examinadora, por ser, para mim, exemplo acadêmico e profissional.

Agradeço ao Pedro, meu colega, por ser o contraponto filosófico às minhas tendências irremediavelmente práticas. Obrigada, amigo, por ser um ideal a ser seguido enquanto pesquisador e penalista.

Agradeço ao Matheus, ao Rafael e ao André por fazerem da faculdade um lugar muito melhor.

Agradeço à Ana Alice, à Milena, à Daniella, à Bianca e ao Rodrigo, pela mais verdadeira amizade ao longo de tantos anos.

Agradeço à minha avó, Maria Cecília, por compartilhar o fascínio por cada pôr-do-Sol que desenha no horizonte a gratidão pelo dia vivido e a esperança no que está por vir. Obrigada, vovó, pelo cuidado de uma vida inteira.

Agradeço aos meus avós, Paulo e Heloísa, pelo abrigo, pelo colo e pelo amor incondicional sem os quais os últimos anos teriam sido completamente diferentes.

Agradeço à minha avó, Orlandina, por ser um exemplo de mulher forte e por me ensinar que nunca é tarde para reaprender o amor – inclusive, próprio.

Agradeço ao meu irmão, Eduardo, pelos olhares e palavras de carinho, apoio e admiração a cada conquista. Obrigada, gordo, por ser fonte de bondade.

Agradeço ao meu pai, Sérgio, por ter sido um verdadeiro porto seguro ao longo de cada percalço que enfrentei. Obrigada, pai, por ter acendido minha luz na escuridão e pela vida maravilhosa que você, com tanto trabalho e dedicação, proporciona-me.

Agradeço à minha mãe, Márcia, por tudo o que sei, tudo o que sou, todos os que amo e tudo o que tenho. Mãe, as melhores partes da mulher que sou hoje são reflexo do exemplo de amor ao próximo, de trabalho e de empatia que recebi de você.

Agradeço, por fim, ao meu companheiro de vida, Matheus, pelo apoio incondicional, pelo carinho e pela compreensão nas várias vezes em que esta monografia ocupou cada minuto que a ele pertencia. Obrigada, meu bem, pelo amor.

*“Nossa famosa garota nem sabia
A que ponto a cidade turvaria
Esse Rio de amor que se perdeu”
Vinícius de Moraes*

RESUMO

Mediante a análise de um caso emblemático, este trabalho explora a noção de impossibilidade entre os crimes de corrupção ativa e concussão, previstos pelos artigos 333 e 316 do Código Penal Brasileiro, respectivamente, através da perspectiva da teoria da ação significativa, desenvolvida pelo Professor Tomás Salvador Vives Antón. Seguindo as lições de Vives, baseadas na filosofia da linguagem, nega-se o caráter psicológico antes atribuído aos elementos subjetivos da ação, à medida em que esta é compreendida como o sentido de um substrato normativo. Partindo desta concepção, estuda-se separadamente os crimes de corrupção ativa e concussão, passando por uma retrospectiva histórica e pela análise das modalidades de seus tipos de ação para, enfim, estabelecê-los como impossíveis, no sentido de que não podem coexistir. Assim, esta monografia dedica-se à solução de dois questionamentos: “como verifico se estou ou não diante de uma exigência?” e “a prática, omissão ou retardo de ato de ofício pelo funcionário público em benefício do particular, posteriormente ao cumprimento, por este, da exigência de vantagem indevida, é suficiente para deslocar o crime de concussão para os de corrupção ativa e passiva?”. Para apresentar uma resposta a estes problemas, aprofunda-se a ideia de impossibilidade no estudo de caso, que acusa a existência de falhas graves tanto na imputação quanto na sentença do processo criminal analisado.

Palavras-chave: ação significativa, corrupção ativa, concussão, impossibilidade.

ABSTRACT

Through the analysis of an emblematic case, this work explores the notion of impossibility between the crimes of bribery and graft, dictated by articles 333 and 316 of the Brazilian Penal Code respectively, from the perspective of the theory of meaningful action, developed by Professor Tomás Salvador Vives Antón. Following Vives' lessons, based on language philosophy, this paper denies the psychological nature previously attributed to the action's subjective elements, once the action is understood as the meaning to a normative substrate. Starting from this idea, bribery and graft crimes are studied separately, going through a historical retrospective and an analysis of their modalities of types of action, so that they are finally established as impossible, which means they cannot coexist. Therefore, this work is dedicated to answering two questions: "how can I verify whether or not I am in front of a demand?" and "is the exercise, omission or delay of an official act by the public agent in benefit of the individual, posterior to his or her fulfillment of a demand for illegal advantage, enough to exclude graft and characterize bribery?". In order to provide an answer to these problems, the idea of impossibility is deepened within the case study, which points to the existence of serious failures in both prosecution and sentence.

Key-words: meaningful action, bribery, graft, impossibility.

SUMÁRIO

| | | |
|----------|---|-----------|
| 1 | INTRODUÇÃO | 10 |
| 2 | CONCEPÇÃO SIGNIFICATIVA DA AÇÃO E PRETENSÃO CONCEITUAL DE RELEVÂNCIA | 12 |
| 2.1 | RETROSPECTIVA HISTÓRICA | 12 |
| 2.2 | DOUTRINA DA AÇÃO E TEORIA DA NORMA | 17 |
| 2.3 | LIBERDADE DE AÇÃO E TIPO DE AÇÃO | 22 |
| 3 | DO CRIME DE CORRUPÇÃO ATIVA..... | 27 |
| 3.1 | RETROSPECTIVA HISTÓRICA | 27 |
| 3.2 | MODALIDADES DE TIPOS DE AÇÃO: NÚCLEOS-TIPO <i>OFERECER</i> E <i>PROMETER</i> | 33 |
| 4 | DO CRIME DE CONCUSSÃO..... | 38 |
| 4.1 | RETROSPECTIVA HISTÓRICA | 38 |
| 4.2 | MODALIDADE DE TIPO DE AÇÃO: NÚCLEO-TIPO <i>EXIGIR</i> | 42 |
| 4.3 | INCOMPOSSIBILIDADE | 45 |
| 5 | ANÁLISE DE CASO: PROCESSO CRIMINAL Nº 0100511-75.2016.4.02.5101 | 47 |
| 5.1 | RETROSPECTIVA: OPERAÇÃO PRIPYAT NO RIO DE JANEIRO E A PROBLEMÁTICA DA CORRUPÇÃO INSTITUCIONALIZADA EM ESTATAIS BRASILEIRAS..... | 48 |
| 5.2 | DENÚNCIA E INSTRUÇÃO: FATOS NARRADOS E PROVAS COLHIDAS EM RELAÇÃO A JOSÉ ANTUNES SOBRINHO | 51 |
| 5.3 | SENTENÇA CONDENATÓRIA: FUNDAMENTAÇÃO E EQUÍVOCOS | 57 |
| 6 | CONCLUSÃO..... | 62 |
| | REFERÊNCIAS..... | 64 |

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho, adotando como marco teórico a concepção significativa de ação de Tomás Salvador Vives Antón, visa ao estabelecimento de um critério viável para diferenciar os crimes de concussão e corrupção ativa, concebidos como impossíveis.

Passadas as exposições teóricas iniciais da estruturação de um sistema penal de concepções guiadas pela filosofia da linguagem, o raciocínio em direção ao critério distintivo entre os crimes estudados se dará a partir da formulação de duas perguntas: “como verifico se estou ou não diante de uma exigência?” e “a prática, omissão ou retardo de ato de ofício pelo funcionário público em benefício do particular, posteriormente ao cumprimento, por este, da exigência de vantagem indevida, é suficiente para deslocar o crime de concussão para os de corrupção ativa e passiva?”.

Com o objetivo de solucionar essas questões, o presente trabalho se baseará, além de em construções de ordem teórica – especialmente no sentido do abandono aos chamados elementos psicológicos da ação, cujas implicações problemáticas serão apontadas no decorrer das próximas páginas –, na análise do Processo Criminal nº 0100511-75.2016.4.02.5101, um caso emblemático, situado sobre uma linha tênue entre os crimes de corrupção e concussão.

Para responder à primeira indagação, esta monografia se recorrerá diretamente às teorizações do Professor Tomás S. Vives, que nega que seja um verdadeiro problema o supraconceito de ação, concebendo-a como o sentido de um substrato, para rebater a ideia da caracterização do núcleo-tipo exigir pela verificação de “coação psicológica” ou “coerção psíquica” do sujeito a quem se dirige.

Para resolver a segunda pergunta, inserida no contexto da análise do caso em questão e guiada pela noção de impossibilidade, serão oferecidos argumentos com base no estudo sobre o bem jurídico afligido pelas condutas tipificadas pelos crimes de concussão e de corrupção ativa, que situa a coletividade como vítima.

Ao final, serão apontados os principais equívocos encontrados tanto na denúncia quanto na sentença do caso em apreço, com base na noção de tipo de ação, introduzida pela teoria de Vives Antón.

Ressalta-se que o presente trabalho não pretende esgotar a complexidade dos crimes de concussão e de corrupção ativa, menos ainda da concepção

significativa de ação. Trata-se de um esboço, através da análise de um caso concreto, da desconstrução de argumentos finalistas reproduzidos no sistema de imputação brasileiro, a começar pelo abandono aos processos mentais como equiparáveis aos processos físicos.

2 CONCEPÇÃO SIGNIFICATIVA DA AÇÃO E PRETENSÃO CONCEITUAL DE RELEVÂNCIA

O presente trabalho estrutura-se a partir da concepção significativa de ação, de Tomás Salvador Vives Antón. Vale destacar, neste ponto, que somente se pretende utilizar as teorizações de Vives Antón como ponto de partida para a proposição de uma metodologia de verificação dos tipos de ação da corrupção ativa e da concussão no Direito penal brasileiro. Não se trata, aqui, de juízo de valor sobre a concepção significativa de ação, muito menos tem-se a pretensão de esgotá-la, uma vez que mesmo se a totalidade desta dissertação fosse dedicada a esse fim, haveria evidente risco de ser fatalmente insuficiente.

Ao longo deste capítulo, discorre-se brevemente sobre o desenvolvimento do conceito de ação e a posição por ele ocupada na teoria do delito, para então apresentar a proposta de Vives como superação das perspectivas ontológicas da ação. Uma vez introduzidos a concepção significativa de ação e seus dois pilares fundamentais, estabelece-se a liberdade de ação como elo entre ação e norma, para que então se situe a proposta do tipo de ação, foco de análise desta monografia.

2.1 RETROSPECTIVA HISTÓRICA

O conceito de ação ocupou, desde Hegel¹, a posição de ponto de referência da dogmática jurídico penal. A ação, definida por ele como a exteriorização de uma vontade moral ou subjetiva², foi estabelecida por seus discípulos como “o substrato ao qual se acrescentam predicados que culminam por identificar o delito”³. Partindo desta concepção, o delito era então tido como sinônimo de ação delitiva – ou seja, a

¹ Roxin a ele se refere como “o pai do conceito jurídico penal de ação”. ROXIN, Claus. **Derecho penal, Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier Vicente Remesal, Madrid: Editora Civitas S.A., 1997. p. 235-236.

² “A expressão da vontade como subjetiva ou moral é a ação. Contém a ação as especificações indicadas: a) de que eu sou consciente de serem minhas quando passarem a ser exteriores; b) a relação essencial a um conceito como obrigatório; c) a ligação com a vontade de outrem. *Nota* – Só quando a vontade moral subjetiva se exterioriza é que há ação”. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. Trad. de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 101-102.

³ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal e Ação Significativa**. Uma análise da função negativa do conceito de ação em Direito penal e a partir da filosofia da linguagem. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 3.

mera provocação de um resultado típico por uma ação –, aproximando-se, de maneira a se tornarem quase idênticas, as noções de ação e imputação.

Tem-se, assim, que a elaboração de fundamentos e de categorias do sistema penal se deu com fulcro nas diversas premissas filosóficas predominantes no decorrer das principais fases históricas do desenvolvimento da teoria do delito⁴.

Em um primeiro momento, a concepção clássica – ou causal-naturalista – do delito firmou-se sobre os pilares metodológicos das ciências naturais, ainda sob influência do positivismo científico. Nesse contexto, Franz von Liszt⁵ conceituou a ação como uma modificação do mundo externo, perceptível através dos sentidos, produzida por uma manifestação de vontade expressa pela realização ou omissão de um movimento corporal voluntário. A ação teria, para ele, três elementos: manifestação de vontade, resultado e relação de causalidade⁶, sendo irrelevante o conteúdo da vontade – devendo, este, ser tratado em sede de culpabilidade.

A concepção causalista, assim, seria dotada de uma pretensão de assimilação de elementos ontológicos pelo direito, no sentido de situar a ação em um plano objetivo, natural e, portanto, pré-jurídico, antecedente às valorações promovidas pelo homem. A ação exigiria, portanto, uma análise, não uma valoração, e estaria situada no ponto a partir do qual se procederia à análise dos demais elementos do delito⁷.

Em contrariedade à mera relação de causa e efeito, a vertente neokantiana introduziu o dualismo metodológico⁸, que separava o mundo natural do mundo dos valores, numa tentativa de superar os conceitos ontológicos absolutos produzidos pelo

⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. La “concepción significativa de la acción” de T.S. Vives y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito. In: **Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos**. Coord.: Adán Nieto Martín. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha; Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2001. p. 1141.

⁵ “A acção é pois o facto que repousa sobre a vontade humana, a mudança do mundo exterior referível á vontade do homem. Sem *acto de vontade* não ha acção, não ha injusto, não ha crime: *cogitationis panam nem patitur*. Mas tambem não ha acção, não ha injusto, não ha crime sem uma mudança operada no mundo exterior, sem um *resultado*” LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Trad. da última edição por José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899. p. 193.

⁶ “A estes dois elementos deve acrescer a relação necessaria, para que elles formem um todo, a *referencia do resultado ao acto*.” LISZT, Franz von. loc. cit.

⁷ “Uma tipicidade objetiva e meramente descritiva, uma antijuridicidade também objetiva, mas valorativa (normativa) e uma culpabilidade subjetiva e descritiva, constituída pela conexão psíquica entre o fato e seu autor”. BUSATO, Paulo César. **Direito Penal e Ação Significativa**. Uma análise da função negativa do conceito de ação em Direito penal e a partir da filosofia da linguagem. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 10.

⁸ Ibidem, p. 12.

positivismo científico através de um novo positivismo jurídico. Edmund Mezger, nessa linha, reduziu o conceito de ação à noção de “conduta humana”, enquanto elemento de uma teoria jurídico-penal da ação, na qual vigora como elemento a vontade independente de um conteúdo, importando simplesmente a relação de causalidade do querer do agente para com o resultado⁹.

Na década de 1930, Hans Welzel deu início ao desenvolvimento do que viria a ser a concepção finalista, que surgiu como crítica ao causalismo, na tentativa de superação do isolamento entre as esferas do ser e do dever ser¹⁰. Nasceu, assim, o conceito finalista de ação, numa perspectiva de adoção do Direito Positivo balizado pelo Direito Natural, portanto, contraditoriamente¹¹ vinculada ao positivismo científico que pretendia refutar.

Em uma análise finalista, é a realidade que determina as propriedades que configuram o comportamento humano e os pontos de partida para a responsabilidade jurídico-penal¹². Destarte, o finalismo parte dos mesmos preceitos ontológicos adotados pela concepção causalista de ação enquanto categoria do ser.

Conforme aponta Busato¹³, a inovação finalista, no tocante à ação, reside na introdução do conceito de finalidade como elemento distintivo da ação. Pressupõem os finalistas que o ser humano teria, geralmente, a capacidade de prever as consequências de seus atos e, dessa forma, de direcionar sua atuação externa – esta enquanto movimento corpóreo, em sentido de relação mecânica de causa e efeito – a um fim anteriormente determinado. Nesse sentido, dota-se de conteúdo a vontade, que passaria a ser vontade específica, conduzida a um objetivo previsto, que tem como consequência a inclusão do dolo na categoria da ação.

Além do histórico e evidente problema do reconhecimento de uma ação previamente direcionada nos delitos imprudentes, objeto das maiores críticas ao finalismo pelos causalistas, Tomás S. Vives Antón aponta os dois pontos mais frágeis

⁹ MEZGER, Edmund. **Modernas orientaciones de la dogmática jurídico penal**. Trad. de Francisco Muñoz Conde, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 22-23.

¹⁰ WELZEL, Hans. **Más allá del Derecho natural y del positivismo jurídico**. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 1962. p. 31-ss.

¹¹ Assim criticam VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del sistema penal**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 127-130; e BUSATO, Paulo Cesar. **Direito Penal e Ação Significativa**. Uma análise da função negativa do conceito de ação em Direito penal e a partir da filosofia da linguagem. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 24.

¹² BUSATO, Paulo César. **Direito Penal e Ação Significativa**. Uma análise da função negativa do conceito de ação em Direito penal e a partir da filosofia da linguagem. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 19.

¹³ Ibidem, p. 18-25.

da ação finalista como sendo o desempenho, pelo conceito final de ação, de um papel de categoria básica e sua dotação de conteúdo prévio ao direito¹⁴.

Em nota ao tratado de von Liszt, Eberhard Schmidt introduz o conceito de ação como fenômeno social, “na medida de direção de seus efeitos sobre a realidade social”¹⁵. Surge, assim, o conceito social de ação, em uma tentativa de compatibilização entre as concepções causalista e finalista, defendido por Engisch, Mairhofer e Wessels. O elemento distintivo da ação é transferido, então, para a noção de relevância social.

Ainda nessa linha, Hans-Heinrich Jescheck substitui as concepções ontológicas da ação por uma noção valorativa, que reúne na esfera normativa “a relação do comportamento humano com o mundo circundante”¹⁶, incompatível com a esfera do ser. Dessa forma, a ação passa a ser um comportamento dirigível socialmente relevante.

A fórmula social da ação, conforme explana Busato¹⁷, é alvo de críticas através de duas perspectivas centrais. Primeiramente, destaca-se a imprecisão nos termos utilizados por essa vertente, especialmente no tocante à relevância social. Ademais, a tentativa de conciliação entre as propostas causalista e finalista expõe a concepção social de ação às críticas dirigidas a essas duas vertentes. Finalmente, Vives¹⁸ critica a dissolução do conceito de ação, que se torna simplesmente o de realização do tipo penal, no sentido de que é contemplado a partir da norma e que, portanto, não é possível afirmar que se trata de um supraconceito¹⁹.

Diante desse cenário, à luz do giro linguístico introduzido pela filosofia de Wittgenstein e guiado pelas contribuições de Winch e Habermas, Tomás Salvador Vives Antón põe em xeque o entendimento da ação como derivada da concepção cartesiana da mente como substância – que, em matéria de Direito penal, levava à

¹⁴ “La crítica se ha desplegado, pues, en un doble nivel, afirmando que *ni* el concepto final de acción puede desempeñar el papel de *categoría básica*, *ni* se halla dotado de un contenido *previo* al Derecho, que imponga al legislador soluciones en otros ámbitos”. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.p. 128-131.

¹⁵ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal e Ação Significativa**. Uma análise da função negativa do conceito de ação em Direito penal e a partir da filosofia da linguagem. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p 26.

¹⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal – parte general**. 4. ed. Trad. de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993. p. 200. Tradução livre.

¹⁷ BUSATO, op. cit., p. 30-34.

¹⁸ VIVES ANTÓN, op. cit. p. 134-135.

¹⁹ Não se ingressará, aqui, na apresentação de conceitos de ação oferecidos pelas perspectivas funcionalistas, uma vez que, ao retirarem a primazia do conceito de ação da estrutura do delito, carecem de relevância para o presente trabalho.

noção de ação como um fato dividido entre aspecto físico e aspecto mental, movimento e vontade, respectivamente²⁰.

Antes de analisar propriamente os eixos do Sistema Penal proposto por Vives, cumpre apresentar brevemente os fundamentos filosóficos do segundo Wittgenstein²¹ sobre os quais se baseia o ilustre penalista espanhol.

Na obra “Investigaciones Filosóficas”, Wittgenstein introduz a noção de que a essência da linguagem está nos “jogos de linguagem”. Dessa forma, não são as vinculações prévias – como antes se afirmava –, mas o sentido da linguagem que marca o contexto em que se desenvolve. A descrição, portanto, passa a ser substituída pelo significado. Nesse sentido, explica Busato:

Se deve ter presente no jogo de linguagem a existência de uma descrição e uma compreensão, ou seja, que os participantes deste jogo compartilhem determinadas impressões a respeito da linguagem, determinadas regras, determinados pontos de partida, para que estes jogos tenham sentido. Por isso se associa a linguagem a ações, e o todo formado por estas relações é o chamado jogo de linguagem.²²

Tendo em vista que os jogos de linguagem são regidos por regras²³, para que estas existam, é necessário que sejam obedecidas por algumas pessoas em algumas ocasiões. Isso implica que não se possa falar em regra quando é seguida somente uma vez ou por uma única pessoa. A regra consiste, assim, em “práticas compartilhadas da vida diária que subjazem a certos jogos de linguagem e que foram moldadas por certas convicções e regras fundamentais”²⁴, que constituem o que adiante se chamará de “quadro de mundo”.

A identificação da ação como tal, portanto, se dá através de contextos humanos que transcendem ao uso descritivo da linguagem, à expressão oral em si. É

²⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. La “Concepción significativa de la acción” de T.S. Vives y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionales del delito. In **Homenaje a Dr. Marino Barbero Santos**. 1. vol. p. 1141-1178, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha e Ediciones Universidad de Salamanca. 2001.p. 1077.

²¹ Divide-se a Filosofia de Ludwig Wittgenstein em um “primeiro Wittgenstein”, cuja obra principal é “*Tractatus logicus-philosophicus*”, e um “segundo Wittgenstein”, representado pela obra “*Investigaciones Filosóficas*”, na qual o autor nega a busca da linguagem logicamente perfeita, expressa em seu *Tractatus*. Nesse sentido, RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. **Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 83-166.

²² BUSATO, Paulo César. **Direito Penal e Ação Significativa**. Uma análise da função negativa do conceito de ação em Direito penal e a partir da filosofia da linguagem. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 187.

²³ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigaciones Filosóficas**. 2. ed. Trad. de Alfonso García Suárez e Ulisses Moulines. Barcelona: Editorial Crítica, 2002. p. 359.

²⁴ BUSATO, op. cit., p. 188.

precisamente nesse sentido que Vives afirma que a ação não pode ser definida como supraconceito, englobada por determinado entendimento absoluto, dado que cada ação manifesta seu sentido de maneira distinta.²⁵

A partir dessas concepções, Tomás S. Vives afirma que, ao dar lugar ao significado, é precisamente o seguimento de regras, e não mais meros processos mentais – residindo aqui, como se verá a seguir, a chave da crítica à concepção finalista –, que permite falar em ação como diferente de meros fatos²⁶.

Assim, para a concepção significativa da ação, mais importa a interpretação do significado da ação do que o estabelecimento definitivo de um conceito, e são precisamente os contextos humanos que apontam a direção dos fatores de relevância para a estruturação de uma teoria do delito.²⁷

Conforme se analisará a seguir, Vives estrutura o sistema penal em dois pilares fundamentais: ação e norma, conjugados na ideia fundamental da liberdade de ação, que possibilita o reconhecimento da ação como distinta de mera obra do acaso. Nesse sentido, nega o supraconceito de ação para partir do tipo de ação como central na teoria do delito, dotando o tipo de ação de pretensão de relevância através da ação.

2.2 DOCTRINA DA AÇÃO E TEORIA DA NORMA

Passadas a retrospectiva dos conceitos de ação na doutrina jurídico-penal e a análise dessas perspectivas sob as lentes da teoria da ação comunicativa de Habermas e do giro pragmático de Wittgenstein, Vives afirma que a ação não consiste no substrato de uma conduta suscetível a receber um sentido, mas exatamente como o sentido que se atribui a determinados comportamentos através de um sistema de normas. Assim, a ação, primeiro pilar da estrutura do sistema penal de Vives, passa a ser entendida como sentido de um substrato²⁸.

²⁵ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 222.

²⁶ Ibidem, p. 213.

²⁷ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal e Ação Significativa**. Uma análise da função negativa do conceito de ação em Direito penal e a partir da filosofia da linguagem. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 184-188.

²⁸ “Definiré, pues, la acción, no *como sustrato* conductual susceptible de recibir un sentido, sino *como sentido* que, conforme a un sistema de normas, puede atribuirse a determinados comportamientos humanos. Se opera, así, un *giro copernicano* en la teoría de la acción: ya no es el *sustrato de un*

Verifica-se, desde um primeiro momento, que a concepção da ação como significado derruba o supraconceito de ação, apresentado por Vives como um intento de caracterizar a ação como realidade pré-jurídica, fundamentada filosoficamente em pressupostos inacessíveis da mente humana. Daí a crítica ao supraconceito como falso problema, como nos advertiu Vives:

Dizer que a ação é o significado de um feito não é somente encerrar definitivamente a investigação da ação como acontecimento natural; mas, ao mesmo tempo, tal afirmação abre tantos questionamentos quanto fecha. Pois não se pode dizer que represente uma solução ao problema do *supraconceito* de ação, tal como historicamente fora levantado: ao contrário, posto que a classe de todos os sentidos possíveis não pode, por sua vez, definir-se conceitualmente (posto que não há um significado comum a todos os significados), entender a ação como sentido equivale a entender que o problema do *supraconceito de ação* se encontrava mal levantado e que era, portanto, um pseudo-problema que a análise deveria dissolver.²⁹

A ação, dessa forma, situa-se fora do sujeito e fora do objeto, concentrando-se na relação que entre eles se estabelece, ou seja, “da mensagem que comunica a atuação do sujeito ao relacionar-se com as circunstâncias do meio”³⁰. A existência ou não de movimentos corporais, nos termos anteriormente propostos por Von Liszt, deixa de ter qualquer relevância para a verificação da ação³¹.

Rejeita-se a construção da ideia de ação na intenção de quem atua e, ao mesmo tempo, a opção por uma base puramente normativo-jurídica. Reconhecer a ação como significativa, portanto, implica negar tanto sua qualidade ontológica, atribuída pelos finalistas, quanto sua derivação exclusiva da norma, defendida pelos funcionalistas.

sentido; sino, a la inversa, el sentido de un sustrato”. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 221.

²⁹ “Decir que la acción es el significado de un hecho no es sólo cancelar de un portazo la investigación de la acción como acontecimiento natural; sino que, a la vez, tal afirmación abre tantos interrogantes como cierra. Pues no puede decirse que represente una solución del problema del *supraconcepto* de acción, tal como históricamente se había planteado: al contrario, puesto que la clase de todos los sentidos posibles no puede, a su vez, definirse conceptualmente (puesto que no hay un significado común a todos los significados), entender la acción como sentido equivale a entender que el problema del *supraconcepto de acción* se hallaba mal planteado y que era, por tanto, un pseudo-problema que el análisis había de *dissolver*.” Ibidem, p. 222. Tradução livre.

³⁰ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal e Ação Significativa**. Uma análise da função negativa do conceito de ação em Direito penal e a partir da filosofia da linguagem. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 190.

³¹ “De todos modos, conviene dejar claro que la consideración acerca de la existencia o no de una acción es independiente de que concurra en el caso concreto el movimiento corporal”. RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. **Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 341.

Nessa linha, uma concepção significativa admite o significado como correspondente à própria ação. Vives a divide em três partes estruturantes: concepções de significado, aparência de ação e regras – nesta última, refere-se tanto às linguísticas quanto às normativo-linguísticas.

Segundo Vives, o significado se explica através da semântica, uma vez que o processo de compreensão do conteúdo de uma norma corresponde à compreensão de um enunciado linguístico. As explicações do significado dividem-se em: semântica intencional, na qual o significado reside no que o locutor pretende transmitir; semântica formal ou objetivista, vinculada a condições de verdade, na qual o significado da expressão consiste em seu conteúdo empírico ordenado sob uma interpretação literal da norma; e, por fim, teoria do significado como uso da expressões, apresentada por Vives como uma tentativa de superação das limitações das demais³².

O significado, então, reside na interpretação que parte das regras de uso dos símbolos em diferentes jogos de linguagem³³.

Ao tratar da aparência de ação, Vives reafirma a impossibilidade de categorização da ação. Através de nosso conhecimento de mundo, identificamos somente o que possui aparência de ação. Esta percepção, por sua vez, depende de interpretações ulteriores para que seja confirmada ou afastada a ação, o que se dá mediante um processo judicial.

Por fim, no tocante ao papel exercido pelas regras, Vives o afirma como sendo a regência do uso da linguagem e do sentido das ações. As regras servem, nesse sentido, “para instruir em um determinado modo de atuar, para explicar a ação, para avaliá-la, para justificá-la, para defini-la e interpretá-la”³⁴. Existe, portanto, uma relação interna ou gramatical entre determinada regra e um ato que vai de acordo com ela.

Retornando à máxima de Vives: a ação é o sentido de um substrato. Importante ressaltar, neste ponto, que o substrato que se admite existir para o sentido não corresponde pura e necessariamente à norma jurídica. Isto porque o substrato não consiste meramente em locução intencional ou formal, mas nele integra também

³² VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 224-225.

³³ Ibidem, p. 227.

³⁴ “Sirven, por ello, para instruir en un determinado modo de actuar, para explicar la acción, para evaluarla, para justificarla y para definirla e interpretarla” Ibidem, p. 229. Tradução livre.

o contexto em que o sentido se expressa, o que implica afirmar que a ação é o sentido de um substrato não típico, mas social.

A partir dessa premissa, é imperativo reconhecer a anterioridade, em relação à norma, do componente valorativo que dota a ação de significado. Se as ações são “interpretações que, segundo as distintas modalidades de regras sociais, poderão ser dadas ao comportamento”³⁵, o referencial que atribui sentido ao conceito de ação reside, também, no contexto social em que se determina, à media em que este é parte do substrato.

Uma vez estabelecido que o sentido da ação é estabelecido pela configuração social, que exerce a escolha normativa dos tipos penais, conclui-se, como bem expressa Busato³⁶, que o significado da ação penalmente relevante e o significado do estabelecimento dos tipos penais devem coincidir.

Por fim, tendo por certa a inexistência de um conceito geral de ação, Vives desenvolve a estruturação da teoria do delito a partir da figura do tipo de ação. Nessa seara, tipo e ação são conjugados pelo sentido comum de controle social.

Diante da concepção do tipo de ação, que será analisado com mais propriedade nos próximos subcapítulos deste trabalho, Vives estabelece a norma como o segundo pilar fundamental da estrutura do sistema penal, cujas funções conceituais devem ser acompanhadas de uma pretensão de retidão ou correção, guiadas pela ideia reitora de justiça³⁷.

Ao analisar a relação entre significado e norma jurídica³⁸, Vives chega à conclusão de que as normas são, ao mesmo tempo, decisões de poder e determinações da razão. Isso implica admitir uma dupla essência das normas, que consistem argumentos racionais advindos da teoria à mesma medida em que são ordens diretivas derivadas de uma vontade.

A norma, segundo Vives, consiste em uma regra de conduta que pode ser linguisticamente expressada, embora não se reduza a um mandado descritivo:

³⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa**. Parte General. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. p. 37. Tradução livre.

³⁶ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal e Ação Significativa**. Uma análise da função negativa do conceito de ação em Direito penal e a partir da filosofia da linguagem. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 192.

³⁷ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 488-489.

³⁸ Ibidem, p. 463-496.

Pois bem: aqui se sustentou que as normas jurídicas não são meras diretivas de conduta (mandados), mas, em virtude de sua própria gramática, a dimensão diretiva que lhes é inerente vai acompanhada de uma pretensão de validade, que cabe ajuizar no marco de um processo de argumentação racional. Porém, nem essa pretensão de validade é uma pretensão de verdade, nem pode, em última instância, reduzir-se a uma pretensão de verdade³⁹.

A pretensão de justiça divide-se em uma pretensão de legitimidade e uma pretensão de validade. Da primeira se extrai que “a norma só é legítima se adequada às garantias fundamentais que compõem o acervo desenvolvido pela razão humana”⁴⁰. Da segunda, por sua vez, extrai-se a necessidade de elaboração dogmática.

Ao assumir uma pretensão de validade genérica da norma, Vives separa as pretensões que a integram como as quatro categorias do delito. Divide-se a estrutura do delito, assim, em pretensão de relevância, pretensão de ilicitude, pretensão de reprovação e pretensão de necessidade de pena, de maneira que a validez norma só se concretiza diante da afirmação de cada uma dessas pretensões⁴¹.

É precisamente nesse sentido que Vives afirma que o verdadeiro foco da discussão acerca da norma deve ser a pretensão que as normas penais perseguem, porque aí reside o conteúdo determinante para seu fundamento.

Destarte, uma vez situadas a norma e a ação como os dois pilares do sistema de Vives, cabe situar a liberdade de ação como a ponte que interliga esses pilares, para então ingressar com mais profundidade na noção de tipo de ação.

³⁹ “Pues bien: aquí se ha sostenido que las normas jurídicas no son meras directivas de conducta (mandatos) sino que, en virtud de su misma gramática, la dimensión directiva que les es inherente va acompañada de una pretensión de validez, que cabe enjuiciar en el marco de un proceso de argumentación racional. Pero, ni esa pretensión de validez es una pretensión de verdad, ni puede, en última instancia, reducirse a una pretensión de verdad”. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 489. Tradução livre.

⁴⁰ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal e Ação Significativa**. Uma análise da função negativa do conceito de ação em Direito penal e a partir da filosofia da linguagem. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 197.

⁴¹ “Por eso, para enjuiciar la validez de una norma penal cualquiera, es preciso articular su pretensión global de justicia en pretensiones parciales y más concretas”. VIVES ANTÓN, op. cit., p. 490.

2.3 LIBERDADE DE AÇÃO E TIPO DE AÇÃO

Segundo o autor, a liberdade figura como a “pedra angular”⁴² da estrutura conceitual do sistema penal por ele proposto.

A imprescindibilidade da ideia de liberdade é trabalhada por Vives através da afirmação de que a possibilidade de o sujeito seguir uma regra não se justifica pelas causas, mas pelas razões que orientam sua conduta, o que implica uma pressuposição de que o agente pode determinar-se por elas.

Nessa linha, a liberdade, segundo a concepção significativa da ação, constitui pressuposto da própria ação. Isso significa dizer que o sentido somente pode ser compreendido através de uma concepção de mundo desde a liberdade – esta, enquanto capacidade de determinar-se pela razão.

É nesse sentido que, segundo Vives, a liberdade faz referência não à causa, mas aos fundamentos:

Somente se os movimentos corporais não forem inteiramente regidos por leis causais, somente se há uma margem de indeterminação que permita falar das ações como distintas dos fatos naturais, pode-se pretender, por sua vez, que estas sejam regidas por normas.⁴³

Dessa forma, a causalidade como determinante da responsabilidade, no modelo apresentado por Von Liszt, é substituída pela liberdade de ação traduzida na determinação do sujeito pelas razões que guiam sua conduta.

A liberdade à qual se refere Vives não é empiricamente demonstrada, mas somente reconhecida a partir de determinada concepção de mundo, de maneira que é incompatível com uma visão determinista⁴⁴. Pelo contrário, a análise das normas

⁴² “La afirmación de la libertad como clave de bóveda de la estructura conceptual del sistema penal (...)” VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 345. Tradução livre.

⁴³ “Sólo si los movimientos corporales no se hallan enteramente regidos por leyes causales, sólo si hay un margen de indeterminación que permita hablar de las acciones como distintas de los hechos naturales, puede pretenderse, a su vez, que estas se rijan por normas”. VIVES ANTÓN, loc. cit. Tradução livre.

⁴⁴ “Ninguno de los argumentos que hasta aquí he intentado desarrollar puede ofrecer nada parecido a una *demostración* de la libertad. Sólo he pretendido *mostrar*: a) que sin libertad (entendida como capacidad de autodeterminarse por razones) no tiene sentido hablar de acción; b) que la libertad es incompatible con una concepción determinista del mundo – y que tal concepción no es, desde luego, la concepción científica del mundo (...)” Ibidem, p. 344.

como distintas da investigação das leis da natureza é fundamentada justamente em uma pressuposição de liberdade de ação. Isso porque “a referência à norma é a referência ao comando pretendido, à orientação de conduta e não à letra concreta da lei”⁴⁵, de maneira que a norma somente pode realizar sua pretensão de justiça sobre uma margem de liberdade de ação.

Distinguem-se, portanto, os fenômenos físicos – como a chuva, a queda de uma árvore ou um desabamento – das ações à medida em que estas obedecem a regras de liberdade, enquanto aqueles seguem regras de necessidade⁴⁶. Nessa linha, explica José Antonio Ramos Vázquez que “se existe a razão, existe a liberdade”⁴⁷, porque a inexistência da última exclui qualquer possibilidade de existência da primeira. Continua o autor:

Se tudo o que acontece no mundo viesse de algum modo determinado (seja pela Lei de causalidade, por Deus ou qualquer outro que não os que acabamos de destacar) não se poderia conceber a ação, à medida em que qualquer aproximação ao problema da ação tem como ponto de partida necessário que existe uma diferença entre o que o ser humano faz e o que *acontece*⁴⁸.

Logo, se o seguimento de regras implica uma captação do sentido e, portanto, a determinação conforme o sentido, a liberdade torna-se chave para a compreensão das condutas, à medida em que, sem ela, sequer se poderia cogitar a existência de razões para uma atuação determinada⁴⁹.

Da conjugação da doutrina da ação e da teoria da norma no eixo fundamental da liberdade de ação, conclui-se, como bem aponta Busato, que a proposta de Vives

⁴⁵ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal e Ação Significativa**. Uma análise da função negativa do conceito de ação em Direito penal e a partir da filosofia da linguagem. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 198.

⁴⁶ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Sobre tipicidad e imputación: reflexiones básicas en torno a la imputación del dolo y la imprudencia, In: **Estudios penales en recuerdo del Prof. Ruiz Antón** (Octavio de Toledo y Ubieto, E.; Guardiel Sierra, M.; Corsés Bechiarelli, E. – coordenadores). Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 141.

⁴⁷ RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. **Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 378. Tradução livre.

⁴⁸ “Si todo lo que acaece en el mundo viniese de algún modo determinado (sea por la Ley de causalidad, por Dios o de cualquier otro modo de los que se acaban de señalar) no podría concebirse la acción, en la medida en que cualquier acercamiento al problema de la acción tiene como punto de partida necesario que existe una diferencia entre lo que el ser humano hace y lo que *ocurre*”. Ibidem, p. 376. Tradução livre.

⁴⁹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**. Parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 90.

“preserva o eixo antropológico”⁵⁰ ao passo em que centraliza na maneira de agir do indivíduo a questão da responsabilidade, ao mesmo tempo em que reconhece seu normativismo.

Retomando a consideração fundamental de que devem as normas realizar uma pretensão de justiça, dividida em uma pretensão de legitimidade e uma pretensão de validade, Vives adota o tipo de ação como referente inicial da Teoria do Delito.

A pretensão de relevância, primeira pretensão de validade da norma, divide-se em outras duas: pretensão conceitual de relevância e pretensão de ofensividade. Para o presente trabalho, importa a primeira. O tipo de ação, traduzido em uma pretensão conceitual de relevância, estabelece que determinada conduta interessa ao Direito penal.

É, por assim dizer, uma pretensão epistêmica: tem por objeto a afirmação de que, com efeito, a ação realizada é uma das que ao Direito Penal interessam. Para que tal coisa se possa afirmar, é preciso que a ação particular que se aprecia possa ser entendida conforme a um tipo de ação definido na lei⁵¹.

De pronto, a primeira conclusão direta a que se chega é de que a adoção de uma concepção significativa reduz expressivamente as funções antes atribuídas ao conceito de ação, além de inverter sua própria estrutura, conforme afirmado nos tópicos anteriores. Nesse sentido, a substituição da “ação típica” pela figura do “tipo de ação” vem no sentido de que as funções ocupadas pelo tipo na teoria do delito são mais amplas que as da ação.

A correspondência da conduta a um tipo de ação é o que determina a aparência de ação, tomada, em um primeiro momento, como ponto de partida para a verificação quanto a se estar ou não diante da ação mesma.

Assim, enquanto o conteúdo do tipo exerce uma função definidora das classes de ação, à ação cumpre a função de dar sentido ao tipo, ou seja, de dotá-lo de pretensão de relevância. Isso significa dizer que as ações relevantes para o Direito

⁵⁰ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal e Ação Significativa**. Uma análise da função negativa do conceito de ação em Direito penal e a partir da filosofia da linguagem. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 201-202.

⁵¹ “Es, por decirlo de algún modo, una pretensión epistémica: tiene por objeto la afirmación de que, en efecto, la acción realizada es de las que al Derecho Penal interesan. Para que tal cosa pueda afirmarse, es preciso que la acción particular que se enjuicia pueda ser entendida conforme a un tipo de acción definido en la Ley”. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 491. Tradução livre.

penal são inteligíveis porque se entrelaçam em práticas sociais, que determinam o sentido e se expressam no tipo⁵².

Estabeleceu-se, portanto, o tipo de ação como categoria básica do sistema penal que se exprime em uma pretensão conceitual de relevância. De acordo com a proposta de Vives, além do plano objetivo, elementos subjetivos integram o tipo de ação.

A assunção de elementos subjetivos não significa, todavia, que Vives se recorra aos estados mentais para defini-los. Em sentido oposto, o autor situa a intenção não na mente, mas no acontecimento externo, dada a absoluta inacessibilidade dos estados mentais.

Em resumo, os estados e processos mentais não são equiparáveis aos estados e processos físicos: quando se trata de estados e processos próprios, não se pode observá-los, porque não se os vê, mas se os vive; quando são alheios, cabe apenas observar suas *manifestações externas*⁵³

Vives nega, portanto, a concepção finalista de que os elementos subjetivos correspondem a processos internos semelhantes aos físicos, uma vez que sua verificação exige critérios externos. Tanto é verdadeira a inacessibilidade lógica da mente que, ainda que a psicologia se ocupe dos objetos na esfera psíquica como a física o faz na esfera física, o físico observa os objetos que investiga, enquanto o psicólogo é capaz somente de observar suas manifestações através do comportamento⁵⁴.

A inovação de Vives, nesse sentido, se dá na afirmação de que o tipo de ação não se desenvolve em dois planos distintos – interno e externo. Pelo contrário, a subjetividade independe de presunções sobre o inconsciente, porque é atribuída linguisticamente, expressada através da conduta e inserida em seu contexto. Existe,

⁵² “Las acciones no resultan, pues, inteligibles por referencia a estructuras objetivas (físicas o lógicas) situadas fuera de ellas, sino sobre la base de que se entrelazan en prácticas, en plexos regulares de interacción que determinan el sentido. En base al papel que juegan en esos plexos, podemos hablar de diferentes tipos de acción, y tales tipos de acción – que no son sino expresión de diferentes funciones sociales – constituyen el *dato primario* de nuestro conocimiento de la acción.” VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 280.

⁵³ “En resumen, los estados y procesos mentales no son equiparables a los estados y procesos físicos: cuando se trata de estados y procesos propios, no pueden observarse, porque no se *ven*, sino que se *viven*; cuando son ajenos, sólo cabe observar sus *manifestaciones externas*”. Ibidem, p. 266. Tradução livre.

⁵⁴ VIVES ANTÓN, loc. cit.

portanto, uma aproximação das dimensões subjetiva e objetiva, à medida em que o plano subjetivo se forma sobre a interpretação de elementos ônticos e objetivos.

Outra importante distinção a ser apontada reside na realocação do dolo na estrutura do delito. Explicar tal redirecionamento de maneira elaborada, seria necessária a exposição da totalidade das explicações de Vives sobre a intenção. Por não ser esse o objetivo do presente trabalho, limito-me a uma breve explanação. O modelo finalista situa dolo e culpa no campo da tipicidade. Em sentido diverso, Vives compreende a afirmação da pretensão de relevância – na qual estariam contidas, em termos finalistas, tipicidade formal (pretensão conceitual de relevância) e tipicidade material (pretensão de ofensividade) – como superação das exigências dos princípios de legalidade e intervenção mínima. Dolo e culpa, nessa linha, situam-se na segunda pretensão do delito: a pretensão subjetiva de ilicitude. Logo, de acordo com a concepção significativa de ação, os elementos subjetivos do tipo de ação não correspondem às figuras de dolo e culpa, por Vives considerados como aspecto subjetivo do próprio ilícito penal.

Vives, assim, abandona o perfil psicológico dos elementos subjetivos, que passam a ser dotados de identidade significativa – à qual, como já visto, pertence um componente valorativo⁵⁵. Nessa linha, ainda que não se negue que haja processos mentais, reconhece-se que não podem ser objetivados, dado que as atitudes intencionais não são objetos no mundo. Portanto, é somente através da ação que se estabelecem as conexões intencionais.

Conclui-se desta breve exposição inicial que da opção pelo tipo de ação como primeira pretensão de relevância normativa, ou seja, como base do sistema de imputação, delimita o alcance normativo da imputação, desde logo, com o filtro do princípio de legalidade. Nesse sentido, o ponto de partida da análise do caso concreto que pretende aferir responsabilidade penal reside, precisamente, na determinação do tipo.

Feitos estes apontamentos, passo à análise dos tipos de ação da corrupção ativa e da concussão, previstos pelos artigos 333 e 317, respectivamente, do Código Penal Brasileiro, sob a ótica da noção de pretensão conceitual de relevância, introduzida por Tomás Salvador Vives Antón.

⁵⁵ BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. “Algunas reflexiones sobre el objeto, el sistema y la función del Derecho penal”. In **Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos**, vol. I. Cuenca: Ediciones de La Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2001. p. 859-893.

3 DO CRIME DE CORRUPÇÃO ATIVA

Em sentido amplo, o conceito de corrupção remete ao desvirtuamento da função pública do Estado, a um comportamento orientado à violação da moralidade e probidade administrativa⁵⁶. Nessa linha, leciona Waldo Fazzio Jr.:

É sabido que o uso generalizado do vocábulo (corrupção) ultrapassa os lindes estreitos da corrupção passiva (art. 317 do Código Penal) para alcançar todas as espécies de desvirtuamento da função pública (administrativa, legislativa e judicial) do Estado e das entidades que o complementam.⁵⁷

A corrupção, portanto, sempre envolve um cenário de degradação. Todavia, dado o enfoque jurídico adotado no presente trabalho, adota-se a definição de corrupção ativa como a que se depreende de maneira direta da leitura do Código Penal de 1940.

Cabe, neste ponto, delimitar a abrangência deste capítulo. Dado que o presente trabalho propõe-se a analisar a impossibilidade entre os crimes de concussão e corrupção ativa, o estudo de ambos se debruçará essencialmente sobre as modalidades de tipos de ação da pretensão conceitual de relevância. Questões atinentes aos bens jurídicos afligidos pelas condutas tipificadas e à política criminal serão abrangidas pelo último capítulo deste trabalho.

Isto posto, antes de proceder à análise das modalidades de tipos de ação previstos pelo art. 333 do referido diploma legal, passo a uma retrospectiva da reprovação, ao longo da história, de condutas semelhantes ao que hoje se denomina corrupção.

3.1 RETROSPECTIVA HISTÓRICA

As primeiras referências históricas referentes à corrupção remontam às principais civilizações da Antiguidade, a começar pelo império babilônio fundado pelo soberano Hamurabi (1728 a 1686 a.C.).

⁵⁶ LIVIANU, Roberto. Roberto. **Corrupção e Direito Penal. Um diagnóstico da corrupção no Brasil**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 33.

⁵⁷ FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Corrupção no Poder Público: Peculato, Concussão, Corrupção Passiva e Prevaricação**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 37.

O Código de Hamurabi, primeira consolidação de leis historicamente reconhecida, já fazia referência à figura do que hoje se conhece por corrupção, relacionando-a à figura do juiz venal – aquele que “julgou uma causa, deu uma sentença, mandou retirar um documento selado e depois alterou o seu julgamento” (§5º)⁵⁸. Segundo as lições de Jean Gaudemet, as sentenças eram anuladas, e o juiz, penalizado com sua destituição, além do pagamento correspondente a doze vezes o valor da ação. Nada constava, entretanto, sobre o particular que o corrompera⁵⁹.

No terceiro século antes de Cristo, na era helenística da civilização grega, teve-se notícias da primeira tipificação da corrupção, que era então referida como perturbadora do funcionamento da justiça⁶⁰. Segundo aponta Edmundo Oliveira⁶¹, havia então três delitos de funcionários contra a administração pública: o peculato (Klopes), a corrupção (Dóron) e o abuso de autoridade (Ádikia). Dóron correspondia às duas modalidades de corrupção: passiva e ativa. As penas cominadas contra esses crimes eram extremamente graves, incluindo a de morte.

Nesse sentido, evidencia-se a preocupação da civilização grega com o assunto da moralidade e probidade da Administração Pública. A corrupção, conforme ilustra Juliana Ferrer Teixeira⁶², já era objeto de estudo dos pensadores da Grécia antiga, que a compreendiam como uma degradação que poderia decompor o corpo político. Em *A Política*, Aristóteles defendia que as formas de governo adequadas eram desviadas por determinada fórmula de corrupção – a qual sobrepujaria o interesse pessoal sobre o da comunidade –, transformando em tirania a monarquia e em demagogia a república⁶³.

Foi, por fim, o Direito Romano que dedicou tratamento exaustivo à figura da corrupção, tanto no âmbito civil quanto no penal, o que se deve ao fato de que diversos encargos públicos romanos não admitiam remuneração.

Com a finalidade de coibir e desestimular o recebimento de propinas no exercício da função pública, Marcus Cincio Alimento propôs a Lei Cincia, que instituiu

⁵⁸ **Código de Hamurabi**: Código de Manu (livros oitavo e nono): Lei das XII Tábuas. Org, Jair Lot Vieira. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2011.

⁵⁹ “Les sentences partiales sont annulées. Le juge vénal est destitué et condamné à payer douze fois la valeur du litige”. GAUDEMET, Jean. **Institutions de L’Antiquité**. Paris: Sirey, 1967. p. 27

⁶⁰ Ibidem, p. 241.

⁶¹ OLIVEIRA, Edmundo. **Crimes de Corrupção**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994. p. 17.

⁶² TEIXEIRA, Juliana Ferrer. **Corrupção passiva: análise do artigo 317 do Código Penal e sua relação com as Leis n. 8.429/92, n. 9.034/95 e n. 9613/98**. Dissertação de Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010.

⁶³ ARISTÓTELES. **A Política**. Trad. de Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Ícone, 2007. p. 91.

a ação de repetição. Destarte, ao corruptor não apenas não cabia penalidade, como também era facultada a restituição, na esfera cível, do que houvesse pago em caráter de propina. Pretendia-se, com essa sanção, inibir o enriquecimento sem causa ou por motivo torpe⁶⁴.

Vale ressaltar que, embora os atos que hoje conhecemos por corrupção e concussão não violassem, via de regra, nenhuma lei penal, a Lei das XII Tábuas, como bem recorda Nelson Hungria⁶⁵, já previa em seu inciso III, a pena de morte para o juiz ou árbitro indicado por magistrado que recebesse dinheiro para julgar a favor de uma das partes em prejuízo da outra.

Conforme aponta Edmundo Oliveira⁶⁶, a *Lex Calpurnia* criou a figura das *quaestiones* – tribunais populares com caráter permanente, cuja atribuição era punir a corrupção de magistrados. O referido diploma legal pode ser tomado como marco inicial de uma sucessão de leis punitivas dos crimes contra a Administração da Justiça, acrescido de mudanças políticas que influíram nas designações de jurados e da progressiva degradação dos costumes ao passo em que a República se aproximava do fim.

Nessa linha, foi somente com a Lei Acília, no ano 631 d.C., promulgada por influência de Caio Graco, que foi transformada em ação penal (*quaestio repetundarum*) a ação civil prevista pela Lei Cíncia. Posteriormente, a Lei Servília previu a pena de infâmia para a corrupção – até então, confundida com a concussão – e tornou direito real a possibilidade de exigir a devolução do indébito. Mais uma vez, verifica-se a ausência de punição ao particular corruptor.

Ao final da República, podiam ser sujeitos ativos do crime contra a Administração, além dos magistrados, os senadores e os filhos de magistrados ou senadores. Em seguida, tal qual o artigo 327 do atual Código Penal Brasileiro, a Lei Júlia ampliou o conceito de funcionário aos que se encontrassem no exercício de função pública e concedeu aos crimes *repetundarum* o caráter de violadores da ética na administração⁶⁷.

⁶⁴ OLIVEIRA, Edmundo. **Crimes de Corrupção**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994. p. 21.

⁶⁵ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 9. Vol. Rio de Janeiro: Editora Revista Forense, 1958. p. 363.

⁶⁶ OLIVEIRA, op. cit., p. 22.

⁶⁷ TEIXEIRA, Juliana Ferrer. **Corrupção passiva: análise do artigo 317 do Código Penal e sua relação com as Leis n. 8.429/92, n. 9.034/95 e n. 9613/98**. Dissertação de Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010. p. 24.

Com o advento do Império, retomou-se a rigidez dos costumes e das leis, passando a ser perseguidos em ação penal, além dos anteriormente mencionados, também os jurados, procuradores, acompanhantes de presidentes de províncias, oficiais subalternos e pertencentes à Ordem dos Cavaleiros que fossem equiparados a magistrados⁶⁸.

Foi também no Império que se estabeleceu a separação entre os crimes de corrupção e concussão – esta então tida como infração penal unilateral, conforme será tratado nos pontos seguintes do presente trabalho.

Avançando ao Direito Medieval, a expressão *barataria* era utilizada em linguagem medieval como sinônimo de corrupção, embora abrangesse também outros crimes. Não obstante, o Código visigótico do século VII, que tinha três livros dedicados à matéria penal, calou completamente a respeito da corrupção e da concussão. O mesmo se diz sobre a consolidação de *Las Siete Partidas*, empreendida pelo Rei Afonso X, que trazia doze casos de barataria, mas nenhuma palavra sequer sobre corrupção de funcionários públicos⁶⁹.

No Direito Pós-Renascentista, destaca-se a Ordenação Filipina promulgada por Filipe II em 1603, que previa diversas situações de punição à corrupção. Mesmo sem que houvesse propriamente um tipo de ação para limitar a configuração do fato tido como criminoso, as penas cominadas à corrupção podiam chegar até a de morte. Ademais, um importante avanço trazido pelas Ordenações foi da previsão de punição da corrupção ativa com a mesma pena prevista para a corrupção passiva⁷⁰.

As Ordenações Filipinas vigoraram no Brasil até meados do século XIX. Não obstante, do advento da independência, em 1822, surgiu a necessidade de uma legislação brasileira guiada por ideais liberais. Nesse sentido, a Constituição de 1824 previu no inciso XVIII de seu artigo 179 a urgência da organização de um Código Penal⁷¹, como maneira de assegurar inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos.

⁶⁸ TEIXEIRA, Juliana Ferrer. **Corrupção passiva: análise do artigo 317 do Código Penal e sua relação com as Leis n. 8.429/92, n. 9.034/95 e n. 9613/98**. Dissertação de Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010. p. 24.

⁶⁹ OLIVEIRA, Edmundo. **Crimes de Corrupção**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994. p 30-32.

⁷⁰ LIVIANU, Roberto. Roberto. **Corrupção e Direito Penal. Um diagnóstico da corrupção no Brasil**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 38.

⁷¹ “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. (...) XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas

Nesse cenário, sobreveio o Código Penal de 1830, projeto de Bernardo Pereira de Vasconcelos, de terminologia evidentemente aberta. O Título V, dos crimes contra a boa ordem a administração pública, tratava minuciosamente dos crimes de prevaricação, peita, suborno, concussão, excesso ou abuso de autoridade, influência proveniente de emprego, falta de exação no cumprimento dos deveres e irregularidade de *conducta*. Assemelhavam-se ao que hoje se conhece como corrupção os crimes de peita⁷² e suborno⁷³.

Com a proclamação da República, em 1889, apresentou-se uma nova proposta de Código Penal no prazo de três meses, elaborada por João Batista Pereira. Marcado pela ausência de sistematização e pelo casuísmo⁷⁴, o Código Penal trouxe uma série de inconvenientes, que culminaram na edição de inúmeras leis extravagantes que tornaram inviável sua aplicação sistemática⁷⁵. Por esse motivo, o desembargador Vicente Piragibe redigiu a consolidação das leis penais, aprovada e adotada como oficial pelo Decreto nº 22.213 de 14 de dezembro de 1932. A consolidação versava sobre os crimes contra a boa ordem e administração pública entre os artigos 207 e 238, sendo que agrupou a peita e o suborno em uma única seção.

Sob a vigência da carta política de 1937, em meio ao Estado Novo de Vargas, adotou-se como novo Código Penal o Projeto Alcântara Machado, através do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Guiado por um viés tecnicista jurídico, o Código Penal de 1940 incluiu em seu Título XI, dos crimes contra a administração

solidas bases da Justiça, e Equidade.” BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, 2011.

⁷² “Art. 130. Receber dinheiro, ou algum outro donativo; ou aceitar promessa directa, e indirectamente para praticas, ou deixar de praticar algum acto de afficio contra, ou segundo a lei. (...) A pena de prisão não terá lugar, quando o acto, em vista do qual se recebeu, ou aceitou a peita, se não tiver effectuado. BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Manda Executar Código Criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm> Acesso em: 24 de agosto de 2018.

Art. 131. Nas mesmas penas incorrerá o Juiz de Direito, de Facto, ou Arbitro, que por peita der sentença, posto que justa seja.”

⁷³ “Art. 133. Deixar-se corromper por influencia, ou peditorio de alguém, para obrar o que não dever, ou deixar de obrar o que dever”. Ibidem.

⁷⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 219.

⁷⁵ LIVIANU, Roberto. Roberto. **Corrupção e Direito Penal. Um diagnóstico da corrupção no Brasil**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 41.

pública, uma série de tipos penais não consagrados pelos diplomas legais anteriores⁷⁶.

Pela primeira vez, a legislação brasileira dividiu em capítulos distintos os crimes praticados pelos funcionários públicos contra a administração e os crimes contra ela praticados por particulares. O primeiro, em seu artigo 317, tipificou a corrupção passiva; o segundo, no artigo 333, a corrupção ativa, de maneira que se afastou a tese de acessoriedade entre as duas condutas, bem como a exigência de bilateralidade dos crimes de corrupção. Nesse sentido, a eventual ausência de comprovação de uma das duas não inibe a imposição de pena à outra, que era exatamente o escopo do legislador da época.

Mesmo com o advento da Lei nº 7.209 de 1984, que reestruturou a parte geral do código, e com as inúmeras modificações na parte especial no decorrer dos últimos setenta e sete anos, a redação do tipo de ação da corrupção ativa, bem como de sua modalidade qualificada, permaneceu intacta no artigo 333 do Código Penal. A única alteração legislativa no crime de corrupção, desde 1940, foi introduzida pela Lei nº 10.763 de 2003, que modificou as penas cominadas ao crime de corrupção ativa.

Com a alteração da legislação supramencionada, pena de reclusão de 1 (um) a 8 (oito) anos prevista pela legislação original passou a ser de 2 (dois) a 12 (doze) anos, demonstrando inequívoco direcionamento político-criminal no sentido de enrijecer a repressão aos crimes de corrupção.

Posteriormente à alteração, tem-se como vigente a seguinte redação:

Corrupção ativa

Art. 333. Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

O enunciado transcrito traduz um tipo misto alternativo, que reúne duas modalidades de tipos de ação, conforme se analisará a seguir.

⁷⁶ Como exemplo, cita-se a condescendência criminosa, a advocacia administrativa e o impedimento, perturbação ou fraude de concorrência, versados pelos artigos 320, 321 e 335, respectivamente.

3.2 MODALIDADES DE TIPOS DE AÇÃO: NÚCLEOS-TIPO *OFERECER* E *PROMETER*

Partindo de uma perspectiva de Direito penal do fato, todo crime possui um núcleo, representado por um verbo, que descreve uma ação ou omissão relevante para o Direito penal⁷⁷.

A corrupção ativa, enquanto tipo misto alternativo, apresenta dois núcleos sucessivos, que comportam duas formas diferentes de afligir o bem jurídico da probidade da Administração Pública. São eles: oferecer e prometer.

Oferecer é propor para aceitar, convidar para que o interlocutor aceite alguma coisa, apresentar ou propor algo, pôr à disposição de alguém.

Prometer, por sua vez, é obrigar-se, certificar, asseverar, comprometer-se, dar esperanças de, afirmar entrega futura.

A realização das condutas tipificadas pode ocorrer verbalmente, por gestos, por escrito ou de qualquer outra maneira disponível ao agente⁷⁸. O tipo de ação tampouco exige que a oferta ou promessa se dirija ao funcionário público de maneira direta, podendo se dar por intermédio de terceiros.

De acordo com o que anteriormente se expôs⁷⁹, o tipo de ação exerce uma função de garantia. Conforme aponta Edmundo Oliveira⁸⁰, a dação não pode ser confundida com a oferta ou promessa, uma vez que se traduz em ato de transferir a propriedade. Logo, não se pode pretender distender os núcleos do tipo para enquadrar na conduta de corrupção ativa aquele que entrega vantagem solicitada previamente pelo funcionário.

Ainda nesse cenário, leciona Fragoso⁸¹, tampouco se pode alegar participação do particular no crime de corrupção passiva em cenário semelhante, uma vez que não pode o sujeito que dá concorrer na ação de receber. Portanto, a conduta daquele que não oferece ou promete, mas apenas entrega a vantagem indevida que lhe fora solicitada, é atípica.

⁷⁷ BUSATO, Paulo Cesar. **Direito Penal**. Parte especial I. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 10.

⁷⁸ BUSATO, Paulo Cesar. **Direito penal**. Parte especial II. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 626-629.

⁷⁹ Vide p. 22-26.

⁸⁰ OLIVEIRA, Edmundo. **Crimes de Corrupção**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994. p. 69.

⁸¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 4. Vol. São Paulo: José Bushatsky, Editor, 1959. p. 975.

Afirma Nelson Hungria⁸² que a vantagem à qual faz referência o artigo 333 do Código Penal deve, necessariamente, ter caráter patrimonial, no sentido de representar uma relação de compra e venda do ato funcional, um preço no mercado. Em sentido oposto, defende Busato⁸³ que tal vantagem pode ser de qualquer natureza. Parece correta a segunda posição.

Ainda que, normalmente, a corrupção seja associada a uma oferta ou promessa pecuniária, a vantagem indevida pode ser de caráter imaterial, como uma troca de favores, inclusive sexuais. Como bem demonstra Edmundo Oliveira, “aquele que promete a funcionário público uma condecoração ou a aprovação num exame, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício é corruptor”⁸⁴.

O destinatário da vantagem deve ser funcionário público. Segundo a legislação penal brasileira, para que se caracterize como funcionário público, basta que o indivíduo exerça, ainda que temporariamente ou sem remuneração, cargo, emprego ou função pública.

Art. 327. Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

Emprego público é serviço temporário, com contrato em regime estatutário ou em conformidade com o disposto pela Consolidação das Leis do Trabalho⁸⁵. No tocante à função e ao cargo público, ensina Hely Lopes Meirelles:

Cargo público, com denominação própria, atribuições específicas e estipêndio correspondente, para ser provido e exercido por um titular, na forma estabelecida em lei. Função é a atribuição ou conjunto de atribuições

⁸² Remete aos comentários sobre a corrupção passiva: “A indébita vantagem solicitada, recebida ou prometida há de ter caráter patrimonial (há de representar um *pretium no mercado* ou *compra e venda* do ato funcional): dinheiro ou qualquer utilidade material (*utilia reperiebantur ea quibuscunque sciret aliquis uto*)”. HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 9. Vol. Rio de Janeiro: Editora Revista Forense, 1958. p. 368 e 428.

⁸³ BUSATO, Paulo Cesar. **Direito penal**. Parte especial II. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 628. Nesse mesmo sentido, vide NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal: volume 4 (dos crimes contra a saúde pública a disposições finais)**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 333.; OLIVEIRA, Edmundo. **Crimes de Corrupção**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994. p. 76; e FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 4. Vol. São Paulo: José Bushatsky, Editor, 1959. p. 975.

⁸⁴ OLIVEIRA, loc. cit.

⁸⁵ Nesse sentido, BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Especial. 4. vol. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 476.

que a Administração confere a cada categoria profissional, ou comete individualmente a determinados servidores para a execução de serviços eventuais.⁸⁶

Portanto, tendo em vista que aquele que exerce cargo público ou tem emprego público seguramente exerce funções públicas⁸⁷, deve-se reconhecer como funcionário público aquele que substancial e objetivamente exerce uma função pública.

Retomando a análise do tipo de ação, a corrupção ativa comporta um especial fim de agir do autor do delito, contido na expressão “para determiná-lo”. Nesse ponto, vale resgatar as noções apresentadas no primeiro capítulo do presente trabalho.

O especial fim de agir, enquanto elemento subjetivo da pretensão conceitual de relevância – frise-se, não se trata de “dolo específico”, como afirma parte da doutrina⁸⁸ –, deve ser verificado através da compreensão dos indicadores objetivos externos⁸⁹. No caso da corrupção ativa, a pretensão do agente corruptor deve ser a de levar o funcionário público a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.

Neste ponto, cabe ressaltar que, no tocante ao momento da oferta ou promessa, diverge a doutrina. De um lado⁹⁰, afirma-se que a oferta de vantagem deve preceder a prática, retardo ou omissão do ato de ofício pelo funcionário. Do outro⁹¹, defende-se que a discussão sobre o tempo da promessa ou oferta em face do ato de ofício é inócua. Parece-me relevante a questão.

A presença do especial fim de agir no tipo de ação da corrupção determina, como acima exposto, que o agente corruptor deve, no momento do oferecimento ou promessa, ter a pretensão de determinar a conduta do agente público em relação a algum ato de ofício.

Entende-se, neste ponto, que somente a conduta futura de alguém será passível de determinação, no sentido de influência, de levar alguém a fazer algo.

⁸⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 356.

⁸⁷ BUSATO, Paulo Cesar. **Direito penal**. Parte especial II. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 628.

⁸⁸ “Além do dolo genérico, como para qualquer delito, exige a lei o específico, expressamente mencionado: “para determina-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício”.” NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal: volume 4** (dos crimes contra a saúde pública a disposições finais). 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 333. Esta perspectiva foi superada a partir da queda do *dolus malus* neokantiano. Nesse sentido, vide BUSATO, Paulo Cesar. *Direito penal*. Parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 536-539.

⁸⁹ BUSATO, Paulo Cesar. **Direito penal**. Parte especial II. op. cit., p. 629.

⁹⁰ Nesse sentido, FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 4. Vol. São Paulo: José Bushatsky, Editor, 1959. p. 975; e GARCIA, Basileu. Dos crimes contra a administração pública. In **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro / São Paulo: DASP, vol. 8, 1947. p. 248.

⁹¹ BUSATO, Paulo Cesar. **Direito penal**. Parte especial II. op. cit., p. 628.

Nesse sentido, o oferecimento de vantagem indevida posterior à prática de determinado ato de ofício somente poderá ser considerado como corrupção se a análise dos indicadores objetivos externos identificar uma vinculação entre a oferta ou promessa e atos de ofício a serem realizados em momento posterior. Isso significa dizer que o ato de ofício anterior ao oferecimento nada mais é do que, em realidade, indicador objetivo externo à conduta do particular que visa a determinar que o funcionário público pratique, omita ou retarde ato de ofício posterior.

Não é necessário, todavia, que a prática, omissão ou retardo do ato constitua uma violação dos deveres da função exercida⁹², tampouco que sejam contrárias à forma normal de proceder da Administração Pública. Isso porque a corrupção passiva, com exceção à modalidade qualificada, consiste em crime de perigo concreto: o que se incrimina não é a conturbação do andamento da prestação administrativa, mas o risco de que nela haja sobreposição de interesses privados ao público.

Importante ressaltar, ademais, que somente se pode falar em corrupção ativa quando o ato cuja ação, retardo ou omissão pretendida pelo particular integre as atribuições funcionais do servidor público a que se dirige a oferta ou promessa de vantagem indevida. Conforme bem coloca Bitencourt, “se o ato não é da competência do funcionário, poder-se-á identificar qualquer outro crime, mas, com certeza, não o de corrupção ativa”⁹³.

Sendo assim, a consumação do delito de corrupção ativa, em sua modalidade simples, ocorre com a mera oferta ou promessa de vantagem indevida pelo particular ao funcionário público, uma vez presente o especial fim de agir no sentido de determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício, devendo este último integrar suas atribuições funcionais. Trata-se, portanto, de crime formal. Nesse sentido, é irrelevante para o Direito penal se o particular honra a promessa ou oferta em questão, ou se deixa de fazê-lo, de maneira que a concretização da vantagem constitui mero exaurimento do crime de corrupção.

Entretanto, o Código Penal se ocupa da situação em que a prática, retardo ou omissão é levada a cabo pelo funcionário público. Na modalidade qualificada prevista pelo parágrafo primeiro do artigo 333 do Código, o crime de perigo concreto é

⁹² FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 4. Vol. São Paulo: José Bushatsky, Editor, 1959. p. 975.

⁹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Especial. 4. vol. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 478.

convertido em crime de dano, visto que passa a haver irregularidade na prestação do ato administrativo, restando lesada a coletividade, titular do bem jurídico.

Embora se possa afirmar, em um primeiro momento, que a modalidade qualificada viola o princípio de culpabilidade por transferir ao particular uma pena mais gravosa pelos atos do funcionário⁹⁴, deve-se levar em consideração que o aumento de pena é justificado pela maior gravidade do resultado para a coletividade. Esse argumento é enfraquecido pela noção de que o ato de ofício se dá por determinação do particular e, portanto, em seu favor.

Conclui-se, neste ponto, que o tipo de ação versado pelo artigo 333 do Código Penal, através dos núcleos-tipo *oferecer* e *prometer*, exige a iniciativa do particular, que ocupa uma posição ativa de corruptor. Nesse sentido, se a oferta ou promessa se dá em reação a determinada exigência que partiu do funcionário público – por ameaça ou mera imposição –, verifica-se a desnaturação do delito para o de concussão, que será estudado no próximo capítulo.

⁹⁴ OLIVEIRA, Edmundo. **Crimes de Corrupção**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994. p. 75.

4 DO CRIME DE CONCUSSÃO

Já em 1958, lecionava Nelson Hungria que do verbo latino *concutere*, empregado quando se pretendia traduzir o ato de sacudir uma árvore para dela fazer caírem seus frutos, deriva a expressão concussão⁹⁵.

Normalmente associada à ideia de uma espécie de extorsão praticada pelo funcionário público em razão da função – concepção, esta, que provaremos falsa –, a concussão remonta “ao emprego da força do poder estatal para *balançar* a vítima, com o propósito de haver-se com os *frutos* que dela derivem”⁹⁶.

No presente capítulo, será analisada a modalidade do tipo de ação da concussão e sua consequente impossibilidade em relação ao de corrupção ativa, à luz da concepção significativa de ação de Tomás S. Vives.

4.1 RETROSPECTIVA HISTÓRICA

As referências históricas do crime de concussão em muito se assemelham às da corrupção. Isto porque, conforme se analisou no capítulo anterior, as civilizações antigas concederam, via de regra, o mesmo tratamento legal aos crimes praticados contra a administração pública.

A primeira aparição do crime de concussão de que se tem notícia se deu na civilização grega, que o punia, inclusive, com pena de morte. No século III antes de Cristo, Trasíbulo, filho de Lico, general ateniense, foi acusado de extorquir o povo da Beócia. Na mesma época, a imputação a Alcebíades fazia referência a toda a Grécia⁹⁷.

Já no Direito romano, a concussão aparece pela primeira vez como crime autônomo no século II depois de Cristo, em meio à retomada da rigidez dos costumes e leis pelo Império. Incluída como crime *repetundarum*, a *concussio* consistia em extorsão praticada com abuso de função⁹⁸. Figuravam como sujeito passivo tanto o

⁹⁵ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 9. Vol. Rio de Janeiro: Editora Revista Forense, 1958. p. 363.

⁹⁶ BUSATO, Paulo Cesar. **Direito penal**. Parte especial II. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 492.

⁹⁷ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**: volume 4 (dos crimes contra a saúde pública a disposições finais). 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 246.

⁹⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 4. Vol. São Paulo: José Bushatsky, Editor, 1959. p.900.

Estado, em primeiro plano, quanto o particular extorquido, como ofendido secundário⁹⁹.

No Direito medieval, aponta Fragoso para a reaparição da confusão entre os crimes de concussão e corrupção no tocante ao tratamento legal, que perdurou até o fim do século XVIII.

A concussão voltou a aparecer no Código francês de 1791, que a incriminava autonomamente sem, entretanto, defini-la¹⁰⁰. Foi somente no *Code Napoleon* de 1810 que os franceses definiram *exigir* e *receber* como modalidades do tipo da concussão. À época, a concussão era dividida em própria, quando praticada por alguém que tivesse autoridade real, e imprópria, quando praticada por particular simulando autoridade¹⁰¹.

No Brasil, o tipo de ação da concussão foi previsto pela primeira vez pelo artigo 135 do Código Criminal do Império, à luz do direito francês¹⁰², em modalidades muito mais exaustivas do que as do Código Penal Brasileiro de 1940. A concussão englobava, à época, não apenas o que hoje se conhece por excesso de exação, mas também a violação isolada de dever funcional sem justo motivo¹⁰³. Em linhas gerais,

⁹⁹ OLIVEIRA, Edmundo. **Crimes de Corrupção**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994. p. 25.

¹⁰⁰ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 9. Vol. Rio de Janeiro: Editora Revista Forense, 1958. p. 357.

¹⁰¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 4. Vol. São Paulo: José Bushatsky, Editor, 1959. p. 901.

¹⁰² Nesse sentido, elogia Fragoso a técnica contida na série de modalidades do crime de concussão. FRAGOSO, loc. cit.

¹⁰³ “Art. 135. Julgar-se-ha cometido este crime:

1º Pelo empregado publico, encarregado da arrecadação, cobrança, ou administração de quaesquer rendas, ou dinheiros publicos, ou da distribuição de algum imposto, que directa, ou indirectamente exigir, ou fizer pagar aos contribuintes, o que souber não deverem.

Penas - de suspensão do emprego por seis mezes a dous annos.

No caso, em que o empregado publico se aproprie o que assim tiver exigido, ou o exija para esse fim.

Penas - de perda do emprego; prisão por dous mezes a quatro annos, e de multa de cinco a vinte por cento do que tiver exigido, ou feito pagar.

2º Pelo que, para cobrar impostos, ou direitos legitimos, empregar voluntariamente contra os contribuintes meios mais gravosos, do que os prescriptos nas leis; ou lhes fizer soffrer injustas vexações.

Penas - de suspensão do emprego por seis a dezoito mezes; e as mais, em que incorrer pela vexação que tiver praticado.

O que para commetter algum destes delictos, usar de força armada, além das penas estabelecidas, soffrerá mais a de prisão por tres mezes a dous annos.

3º Pelo que, tendo de fazer algum pagamento em razão do seu officio, exigir por si, ou por outrem, ou consentir que outrem exija de quem o deve receber algum premio, gratificação, desconto, ou emolumento não determinado por lei.

Penas - de perda do emprego; prisão por dous mezes a quatro annos, e de multa de cinco a vinte por cento do valor exigido, que restituirá se o tiver recebido.

4º Pelo que deixar de fazer pagamento, como, e quando dever por desempenho do seu officio, a não ser por motivo justo.

o que hoje se compreende por concussão era definido como a exigência direta ou indireta de gratificação, emolumento ou prêmio não determinado em lei pelo funcionário público para cumprir seu dever.

Vale ressaltar, neste ponto, que as penas cominadas à concussão em muito superavam às dos crimes de suborno e peita, equivalentes da época ao que hoje se define como corrupção. Enquanto a peita e o suborno previam pena restritiva de liberdade máxima de nove meses, a de concussão alcançava, em algumas modalidades, até quatro anos.

O primeiro código republicano, elaborado às pressas e promulgado em 1890, abandonou a precisão técnica do diploma anterior para prever sob o *nomen juris* de concussão, no artigo 219, abusos praticados na cobrança de impostos, além de uma modalidade passiva de corrupção, contida em seu parágrafo terceiro¹⁰⁴. Omitiu-se, portanto, a fórmula genérica do anterior §5º do artigo 135. Houve, ainda, substancial redução nas penas cominadas às modalidades de concussão: de quatro anos, a pena máxima prevista passou a ser de um ano de prisão.

A concussão, como atualmente concebida, passou a figurar como modalidade do crime de peita ou suborno, então acumulados: “exigir, directa ou indirectamente, para si ou para outrem, ou consentir que outrem exija, recompensa ou gratificação por algum pagamento que tiver de fazer em razão do officio ou comissão de que fôr encarregado”.

Penas - de suspensão do emprego por um a tres mezes, e de multa de cinco a vinte por cento do que individamente deixar de pagar.

5º Pelo que, para cumprir o seu dever, exigir directa, ou indirectamente gratificação, emolumento, ou premio não determinado por lei.

Penas - perda do emprego; prisão por dous mezes a quatro annos, e de multa de cinco a vinte por cento do valor exigido, que restituirá, se o tiver recebido.

O que em qualquer dos casos mencionados nos numeros primeiro e segundo se figurar munido de ordem superior, que não tenha.

Penas - de prisão por seis mezes a um anno, além das mais estabelecidas, em que incorrer.”

BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda Executar Código Criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm> Acesso em: 24 de agosto de 2018.

¹⁰⁴ “Art. 219 Julgar-se-ha commettido este crime:

(...) 3º Pelo que, arrogando-se dolosamente, ou simulando, atribuição para fazer qualquer acto de emprego, aceitar oferecimento ou receber dadia, directa ou indirectamente, para fazer ou deixar de fazer esse acto:

Pena – de prisão cellualar por seis mezes a um anno, perda do emprego e multa igual ao triplo do valor recebido.” BRASIL. Decreto n. 847 de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm> Acesso em: 24 de agosto de 2018.

Por fim, como já visto anteriormente, o Projeto Alcântara Machado, orientado por um viés tecnicista, reformou os crimes contra a administração pública, situando-os no Título XI do Código Penal de 1940. O tipo de ação da concussão, desde então, tem a seguinte redação:

Concussão

Art. 316. Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida:

Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa.¹⁰⁵

Em um defeito de técnica legislativa¹⁰⁶, os parágrafos primeiro e segundo preveem a figura do excesso de exação, que não guarda qualquer relação com o *caput*.

Excesso de Exação

§1º Se o funcionário exige tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

§2º Se o funcionário desvia, em proveito próprio ou de outrem, o que recebeu indevidamente para recolher aos cofres públicos:

Pena – reclusão, de dois a doze anos, e multa.¹⁰⁷

Percebe-se um retorno, em certa medida, ao tipo penal de concussão previsto pelo art. 135 do Código Penal do Império, que tratava tipos de ação semelhantes a esses em um mesmo artigo.

Diferentemente do ocorrido com os crimes de corrupção ativa e passiva, a pena cominada para o delito de concussão não sofreu quaisquer alterações desde o advento do Decreto-Lei nº 2.848/40. Houve, no entanto, um salto no montante atribuído: a pena mínima de dois anos de reclusão corresponde ao dobro da máxima prevista pelo diploma anterior.

Para fins de delimitação temática, destaca-se que o presente capítulo se debruçará somente sobre a modalidade de tipo de ação prevista pelo *caput* do artigo

¹⁰⁵ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Lex*: coletânea de legislação: edição federal, Rio de Janeiro.

¹⁰⁶ BUSATO, Paulo Cesar. **Direito penal**. Parte especial II. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 448.

¹⁰⁷ BRASIL, loc. cit.

316 do Código Penal, porque inócua para a discussão da impossibilidade entre os tipos de corrupção ativa e concussão a realização de análise sobre o crime de excesso de exação.

4.2 MODALIDADE DE TIPO DE AÇÃO: NÚCLEO-TIPO *EXIGIR*

O verbo nuclear do tipo de ação é a conduta de exigir, que significa ordenar, impor como obrigação, reclamar, intimar.

Desde logo, insta salientar que não se pode confundir o núcleo exigir, da concussão, com o núcleo solicitar, da corrupção passiva. A exigência se caracteriza por uma imposição do funcionário, em razão de sua função, ao particular, ou seja, trata-se de constrangimento.

Retomando a análise do tipo de ação, expressão “direta ou indiretamente”, contida na pretensão conceitual de relevância, exprime dois significados. Em um primeiro plano, conclui-se que o agente pode utilizar-se de terceira pessoa interposta para realizar o ato de exigir, sendo irrelevante para a consumação do crime que essa pessoa tenha conhecimento de que transmite a exigência. Se o tem, todavia, transforma-se em coautora ou partícipe na medida de sua culpabilidade.

Em um segundo momento, a expressão também remonta ao caráter ora explícito, ora velado da exigência. A exigência explícita, ou direta, é feita abertamente pelo funcionário, que intima a pessoa a lhe conceder vantagem, valendo-se da função por ele ocupada¹⁰⁸. A implícita, ou indireta, se realiza através da utilização do poder pelo funcionário para despertar no particular o temor de represálias pela autoridade. Nesse sentido, leciona Carrara:

“O funcionário venal não pede, mas faz compreender que aceitaria; não ameaça, mas faz nascer o temor de seu poder. Agora, o particular (houvesse ou não motivo justo de temer) compreende e teme; e oferece o dinheiro”.

A exigência tem por objeto uma vantagem indevida. A expressão “indevida”, enquanto elemento normativo do tipo, remete a uma noção ilegalidade¹⁰⁹, à ausência

¹⁰⁸ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**: volume 4 (dos crimes contra a saúde pública a disposições finais). 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 248.

¹⁰⁹ Nesse sentido, BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Especial. 4. vol. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 402 e FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Parte Especial 4. vol. São Paulo: José Bushatsky, 1959. p. 903.

de amparo da vantagem pelo ordenamento jurídico. Assim, a vantagem exigida pelo sujeito ativo do crime – aquele que faz a exigência – deve ser estranha ao âmbito do exercício do poder público que lhe cabe¹¹⁰.

No que toca a discussão quanto ao caráter econômico-patrimonial da vantagem indevida, chego à mesma conclusão do capítulo anterior. Porquanto o Código não tenha restringido expressamente a elementar “vantagem” ao seu caráter econômico – sendo que, conforme bem aponta Bitencourt, o faz no caso do artigo 158 –, admite-se vantagem indevida de qualquer natureza, bastando que esteja ela fora do âmbito funcional do agente.

O tipo de ação, através da expressão “para si ou para outrem”, apresenta como elemento subjetivo uma pretensão de favorecimento – mesmo que destinada a terceiro –, orientadora da conduta do agente. Disso se infere que o aperfeiçoamento do crime independe da produção ou não da vantagem que se exige. Trata-se de crime formal¹¹¹.

Ainda dessa expressão infere-se que a qualquer um pode se destinar a vantagem, exceto à Administração Pública, caso no qual desloca-se o crime para o de excesso de exação.

Por fim, a pretensão conceitual de relevância vincula a exigência à função pública com a expressão “ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela”. Disso se infere que, em relação à autoria, o crime pode ser praticado por agente que não é funcionário público. Isto porque mesmo o sujeito que foi destituído de seu cargo ou ainda não o assumiu, que não é funcionário público, pode vincular a exigência à função¹¹², o que permite concluir que o crime de concussão caracteriza uma modalidade específica do abuso da autoridade, na qual o sujeito se vale da função pública para constranger o particular sob uma pretensão de favorecimento.

¹¹⁰ BUSATO, Paulo Cesar. **Direito penal**. Parte especial II. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. 491.

¹¹¹ Ibidem, p. 492.

¹¹² Ibidem, p. 494.

É em razão desse constrangimento que se costuma¹¹³ caracterizar a concussão como espécie de extorsão¹¹⁴ praticada por funcionário público em abuso de autoridade. O entendimento não merece prosperar por três razões fundamentais.

A primeira baseia-se em uma concepção de bens jurídicos: a concussão aflige em primeiro plano, conforme se exporá adiante, o decoro, a moralidade e a probidade da Administração Pública, enquanto a extorsão é crime complexo que aflige, além do patrimônio, a integridade física ou psíquica e a liberdade individual.

A segunda, por sua vez, situa-se no caráter pecuniário da vantagem. É precisamente em razão da menção expressa ao vocábulo “econômica” no tipo de ação da extorsão – ao se referir à vantagem que o sujeito ativo pretende obter – que se afirma, definitivamente, que a vantagem indevida a que se refere a concussão não precisa ser econômica.

Por fim, quanto à última e mais evidente razão, verifica-se que a expressão “mediante violência ou grave ameaça” se faz presente somente no tipo de ação da extorsão. Da mesma maneira que ocorre com o caráter patrimonial da vantagem, da ausência da referida expressão no tipo de ação da concussão depreende-se, pelo princípio da legalidade estrita, que o núcleo tipo “exigir” independe da configuração de uma grave ameaça, expressa ou velada, bastando a caracterização da exigência como imposição. Não obstante, conforme se analisará nas próximas páginas, os Tribunais vêm decidindo de maneira diversa.

De todo modo, ainda que não se fale em grave ameaça como elemento do tipo, parte da doutrina, como será analisado a seguir, ainda vincula o núcleo do tipo de ação da concussão a processos mentais do sujeito de quem se exige a vantagem; isto é, concebe a existência de elementos psicológicos no tipo.

Passadas as análises das modalidades de tipos de ação das pretensões conceituais de relevância contidas nos artigos 316 e 333 do Código Penal, volto-me

¹¹³ Vide FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Corrupção no Poder Público. Peculato, Concussão, Corrupção Passiva e Prevaricação**. São Paulo: Atlas, 2002. p.134; e BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crimes Federais: contra a administração pública, a previdência social a ordem tributária, o sistema financeiro nacional, as telecomunicações e as licitações, estelionato, moeda falsa, abuso de autoridade, tráfico transnacional de drogas, lavagem de dinheiro**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 113.

¹¹⁴ “Extorsão

Art. 158. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa:

Pena – reclusão, de quatro a dez anos, e multa.” BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Lex: coletânea de legislação: edição federal, Rio de Janeiro.

ao foco desta monografia: a impossibilidade entre os dois crimes e, por conseguinte, a maneira adequada de identificá-los.

4.3 INCOMPOSSIBILIDADE

O vocábulo “impossibilidade” corresponde à qualidade ou condição de impossível, ou seja, de impossibilidade de concomitantemente existir.

Dos elementos acima descritos, deriva imediatamente a concepção de que os crimes de concussão e corrupção ativa são crimes impossíveis. Isto por um motivo bastante óbvio: não se pode falar em exigência pelo funcionário público se a vantagem indevida já foi objeto de oferta ou promessa de iniciativa do particular, ao passo que não existirá oferta ou promessa sobre vantagem indevida já exigida pelo funcionário. Daí por que o assentimento do particular à exigência de vantagem indevida pelo funcionário público não pode, sob hipótese alguma, caracterizar o crime de corrupção.

Trata-se, portanto, de uma discussão sobre iniciativa e, em certa medida, sobre a liberdade de ação, o que nos leva à primeira pergunta do presente trabalho: como saberei se estou diante de uma exigência?

É verdade que esta parece consistir em uma pergunta bastante simples, mas sua resposta, se baseada na concepção significativa da ação, implica uma ruptura com o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência brasileiras, que, fundamentadas em um supraconceito ontológico, recorrem-se a elementos psicológicos para afirmar a existência da ação.

Fala-se¹¹⁵ em necessidade de “pressão psíquica constritiva” e de “coerção psíquica relativa”. Ainda, a jurisprudência refere-se a uma “coação psicológica”¹¹⁶ através de ameaça. Neste ponto, o caminho mais fácil ao jurista seria, de pronto, ir de acordo com esses conceitos, porque são, de certo modo, intuitivos. Nessa lógica, caberia a conclusão de que o particular seria incapaz de oferecer ou prometer vantagem indevida por estar psiquicamente coagido, tomado pelo temor da represália e, portanto, tendo sua vontade viciada pelo temor, pelo medo derivado da intimidação. Entretanto, este não parece ser o caminho correto.

¹¹⁵ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Corrupção no Poder Público: Peculato, Concussão, Corrupção Passiva e Prevaricação**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 147.

¹¹⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Apelação criminal 94.04.44105-8/RS, 2ª T., un., DJ 7.301.

Conforme já se expôs no primeiro capítulo, não se pode pretender recorrer a processos mentais como se passíveis de verificação empírica fossem, dado o caráter evidentemente inacessível da mente. Logo, vincular os elementos subjetivos do tipo a um perfil psicológico resulta inócuo. Isto porque a subjetividade é atribuída linguisticamente, expressada através da conduta e inserida em determinado contexto.

Conforme bem reconhece Vives¹¹⁷, muito tem a práxis forense a acrescentar e esclarecer à doutrina. Por este motivo, com o objetivo de melhor exemplificar as exposições teóricas contidas nos últimos capítulos e, concomitantemente, reforçar o argumento de Busato¹¹⁸ de que a concepção significativa de ação fornece soluções respeitadas com as garantias fundamentais ao caso concreto, passo à apreciação do processo criminal nº 0100511-75.2016.4.02.5101, sentenciado pelo douto juízo da Sétima Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, o qual creio que seja emblemático para a discussão da impossibilidade entre os dois crimes aqui estudados.

¹¹⁷ “De modo que la teoría aplica un rigor metodológico, de suyo deseable, pero que, al recaer sobre un concepto desenfocado, no ha contribuido sino a aumentar la confusión; pero, la práctica, que elude el problema conceptual y se ciñe, naturalmente a los – no pequeños – que plantea la aplicación de la ley al caso, no ha sido aún inducida a error”. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 274.

¹¹⁸ BUSATO, Paulo Cesar. **Direito penal. Parte geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 260.

5 ANÁLISE DE CASO: PROCESSO CRIMINAL Nº 0100511-75.2016.4.02.5101

Antes de proceder à exposição e à análise do processo criminal em epígrafe, que tramitou em primeira instância perante a Sétima Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, cabe delimitar a extensão deste capítulo.

O processo em questão, conforme ficará claro nos próximos tópicos, é de expressiva complexidade. Isto porque a denúncia imputa, a quinze acusados, doze fatos distintos – nem todos, ressalte-se, guardam conexão entre si, a não ser pelo fato de terem sido objetos da mesma investigação. A exordial acusatória envolve, diretamente, cinco empresas privadas e a pactuação e execução de mais de dez contratos entre algumas delas e a estatal Eletronuclear. Atualmente, os autos contam com mais de dez mil páginas.

Neste cenário, embora a realização de recortes em um processo criminal possa mostrar-se perigosa, em razão do risco de supressão de conteúdo relevante para sua análise, não poderia este trabalho de conclusão de curso de graduação pretender apreciar a totalidade do processo na extensão de sua complexidade, inclusive porque engloba crimes previstos por legislação extravagante que não coincidem com o objeto deste estudo.

Dado que o foco aqui estabelecido reside na impossibilidade entre os crimes de concussão e corrupção ativa, este capítulo propõe-se à análise dos crimes de corrupção ativa imputados a José Antunes Sobrinho, sócio e diretor executivo do grupo Engevix à época dos fatos, através da mais completa e fiel reprodução possível do contexto das imputações.

Conhecendo o risco – ou, dito de outro modo, a elevada probabilidade – de parcialidade midiática em casos relacionados à Operação Lava Jato, que será apresentada no tópico a seguir, as informações narradas abaixo têm como fonte apenas os autos de inquérito policial e de processo criminal a que se faz referência, além de alguns poucos livros, que cumprem papel essencialmente ilustrativo da irresignação generalizada da população no tocante aos escândalos revelados de corrupção.

5.1 RETROSPECTIVA: OPERAÇÃO PRIPYAT NO RIO DE JANEIRO E A PROBLEMÁTICA DA CORRUPÇÃO INSTITUCIONALIZADA EM ESTATAIS BRASILEIRAS

A Força Tarefa do Ministério Público Federal e a Polícia Federal de Curitiba, em novembro de 2013, deram início a uma investigação que visava a apurar, em um primeiro momento, estruturas paralelas ao mercado de câmbio, abrangendo um grupo de *doleiros*¹¹⁹ com rede de atuação transnacional, dentre eles Carlos Habib Chater e Alberto Youssef.

Ao decorrer das investigações, houve notória ampliação de seus objetos para diversos outros *doleiros* que, apesar de serem relacionados entre si para engendrar e desenvolver as atividades criminosas, conluiavam-se em grupos independentes. Dessa ampliação, foram originadas quatro outras grandes investigações, nas quais constatou-se a prática de outros delitos – dentre os quais pode-se citar organização criminosa, corrupção ativa e passiva, peculato, lavagem de ativos, evasão de divisas e falsidade ideológica –, todos sob apuração ou processamento perante a 13ª Vara Federal da Primeira Subseção Judiciária de Curitiba.¹²⁰

Como é de notório saber nacional e internacional, uma dessas quatro investigações culminou na descoberta da existência de um esquema criminoso de imensas proporções, que abrangia a prática de crimes contra a ordem econômica, além de corrupção e lavagem de dinheiro, formando um Cartel que possibilitou a fraude da competitividade de inúmeras obras contratadas, no período compreendido entre 2006 e 2014, pela Petróleo Brasileiro S.A., maior empresa estatal do Brasil à época. Trata-se da Operação Lava-Jato, que hoje conta com mais de cinquenta fases.

A partir desse marco histórico, a corrupção no Brasil ganhou outra denotação. Com o avanço das investigações, ganhou notória fama o instituto da colaboração premiada, previsto pela Lei nº 12.850/2013. Com os depoimentos prestados pelos novos Colaboradores da Justiça, como o *doleiro* Alberto Youssef e o ex-diretor da Petrobras, Paulo Roberto Costa, escancarou-se a corrupção brasileira como jamais visto.

¹¹⁹ Por *doleiro*, entende-se aquele que negocia dólares no mercado paralelo de câmbio.

¹²⁰ BRASIL. Justiça Federal. 13ª Vara Federal da Primeira Subseção Judiciária de Curitiba. Ministério Público, Renato de Souza Duque e outros. AP nº 5036518-76.2015.4.04.7000, 2015.

Passou-se a falar em corrupção institucionalizada, em pagamento de propina como “regra do jogo”¹²¹ e na generalização de um sentimento nacional inconformado e, em certa medida, revanchista.

Roberto Livianu define o crime de corrupção na atualidade como “fenômeno”¹²² transnacional que ameaça os fundamentos da democracia. Isto porque afirmava, em 2007, que existia um sentimento de impunidade próprio aos potenciais autores desse delito no Brasil.

Quase dois anos após o início da operação, a Polícia Federal deflagrou a décima sexta fase da Operação Lava Jato em 28 de julho de 2015. Denominada “Radioatividade”, a operação tinha como foco a apuração de ilegalidades nos contratos firmados com a Eletrobras Eletronuclear no contexto das obras da terceira usina da Central Nuclear Almirante Álvaro Alberto, em Angra dos Reis/RJ (Angra 3)¹²³.

José Antunes Sobrinho, sócio e diretor executivo do grupo Engevix, foi preso dois meses depois, suspeito de repassar R\$ 765.000,00 (setecentos e sessenta e cinco mil reais) para Othon Luiz Pinheiro da Silva, presidente da Eletronuclear à época dos fatos.

Tendo em vista que a análise do caso se debruçará sobre as imputações feitas a José Antunes Sobrinho, cabe, além da retrospectiva da operação Pripayat, uma breve apresentação do acusado e de sua relação com a Engevix.

José Antunes Sobrinho é engenheiro civil formado pela Universidade Federal do Paraná. Em 1997, já na qualidade de Diretor Executivo e ao lado de Gerson de Mello Almada e Cristiano Kok, Antunes adquiriu a Engevix, S/A, sociedade anônima de capital fechado que já completa mais de cinquenta anos. A Engevix foi investigada como sendo uma das empresas que efetuaram pagamentos indevidos à Eletronuclear, integrando um cartel com as empresas Andrade Gutierrez, EBE (Grupo MPE), Odebrecht, UTC, Camargo Correa, Techint e Queiroz Galvão.¹²⁴

¹²¹ Nesse sentido, prestaram depoimento Julio Gerin de Almeida Camargo, Augusto Ribeiro de Mendonça Neto no bojo dos autos de nº 5036518-76.2015.4.04.7000. JUSTIÇA FEDERAL. BRASIL. Justiça Federal. 13ª Vara Federal da Primeira Subseção Judiciária de Curitiba. Ministério Público, Renato de Souza Duque e outros. AP nº 5036518-76.2015.4.04.7000, 2015.

¹²² LIVIANU, Roberto. Roberto. **Corrupção e Direito Penal**. Um diagnóstico da corrupção no Brasil. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 45.

¹²³ BRASIL. Polícia Federal. Superintendência Regional no Paraná. Ministério Público, José Antunes Sobrinho e outros. IP nº 5026417-77.2015.4.04.7000, 2015.; BRASIL. Justiça Federal. 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba. Ministério Público, José Antunes Sobrinho e outros. Busca e apreensão criminal nº 5028289-30.2015.4.04.7000. nº 0100511-75.2016.4.02.5101, 2016.

¹²⁴ BRASIL. Justiça Federal. 7ª Vara Federal do Rio de Janeiro. Ministério Público, José Antunes Sobrinho e outros. AP nº 0510926-86.2015.4.02.5101, 2015. p. 10-144.

Assim, derivou da Fase Radioatividade o oferecimento de uma primeira denúncia, pelo Ministério Público Federal, em primeiro de setembro de 2015, em desfavor de Othon Luiz Pinheiro da Silva, José Antunes Sobrinho, Gerson de Mello Almada, Cristiano Kok e outros onze coacusados. Nesta ocasião, foi imputada a Antunes a prática do delito de corrupção, por trinta e três vezes, de lavagem de ativos, por oitenta vezes, e de pertencimento a organização criminosa. Menciona-se, aqui, esta denúncia para fins meramente contextuais.

Após o oferecimento da denúncia pelo MPF/PR, o Supremo Tribunal Federal determinou a remessa do feito para o Juízo da 7ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, passando os autos a tramitar sob o nº 0510926-86.2015.4.02.5101.

Neste cenário, a Operação Pripyat nasceu como desdobramento das investigações da 16ª fase da Operação Lava Jato, para pormenorizar a averiguação de crimes praticados pela organização criminosa descoberta no bojo da Eletronuclear.

Inicialmente baseadas no conteúdo de quebras de sigilo bancário e fiscal das empresas Flexsystem, de responsabilidade do falecido Ney Gebran – parte fundamental para a argumentação deste caso –, as investigações concluíram que essas empresas, que não possuíam empregados registrados, tratavam-se de empresas de fachada, que se prestavam a branquear recebimento de propina.

Em corroboração às investigações, José Antunes Sobrinho prestou declaração espontânea ao Ministério Público Federal, afirmando que celebrou contratos fictícios com a empresa Flexsystem Engenharia, visando a dissimular repasse de propina para Luiz Antônio de Amorim Soares, ora Diretor Técnico da Eletronuclear, que seguramente a compartilhava com Luiz Manuel Amaral Messias, ora Superintendente de Gerenciamento de Empreendimentos da Eletronuclear.

Na sequência, em 27 de julho de 2016, o Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra José Antunes Sobrinho, Luiz Antônio de Amorim Soares, Luiz Manuel Amaral Messias e outros 12 coacusados, nos termos que analisaremos a seguir.¹²⁵

¹²⁵ BRASIL. Justiça Federal. 7ª Vara Federal do Rio de Janeiro. Ministério Público, José Antunes Sobrinho e outros. AP nº 0100511-75.2016.4.02.5101, 2016.

5.2 DENÚNCIA E INSTRUÇÃO: FATOS NARRADOS E PROVAS COLHIDAS EM RELAÇÃO A JOSÉ ANTUNES SOBRINHO

No que se refere às imputações a que se presta analisar o presente trabalho, delimitam os fatos 07, 08 e 09 da exordial acusatória sobre José Antunes Sobrinho¹²⁶:

No período compreendido entre os anos de 2008 e 2014, por até 19 vezes, em razão (I) do tratado em duas reuniões do falecido NEY GEBRAN com executivo da ENGEVIX realizadas no Rio de Janeiro entre 2011 e 2012; (II) da confecção dos editais e nas Licitações nºs GAC.T/CN 003/2010, GAC.T/CN 005/2010, GAT.CN/006/2010, GAC.T/CV 027/2-11, GAC.T/CV 041/2011 e GAC.T/CN-012/2012 da ELETRONUCLEAR, (III) da pactuação do Aditivo 19 e execução do Contrato CT-141, (III) da celebração e execução do Contrato GAC.T/CT-033/10, bem como da pactuação do Aditivo 1, (IV) da celebração e execução do Contrato GAC.T/CT 4500136548, bem como da pactuação dos Aditivos 1 e 2, (V) da celebração e execução do Contrato GAC.T/AS 4500145718, bem como da pactuação do Aditivo 1, (VI) da celebração e execução do Contrato GAC.T/CT 4500146846, bem como da pactuação dos Aditivos 1, 2 e 3, (VII) celebração e execução do Contrato GAC.T/AS 4500149995, (VIII) celebração e execução do Contrato GAC.T/CT 4500160692 todos firmados entre a ENGEVIX e a ELETRONUCLEAR, (IX) da celebração e execução do Contrato GAC.T/CT-4500151462 firmado entre a AF CONSULT e ELETRONUCLEAR, bem como da pactuação do Aditivo 1, os denunciados LUIZ SOARES e LUIZ MESSIAS, de modo consciente e voluntário, solicitaram, aceitaram promessa e receberam vantagem indevida em razão do exercício de cargos de direção e superintendência que ocupavam na estatal, ofertados por ação de JOSÉ ANTUNES SOBRINHO, representante da ENGEVIX, tendo os funcionários públicos da ELETRONUCLEAR praticado, deixado de praticar e retardado atos de ofício, com infração de deveres funcionais, a pedido dos executivos da empreiteira (FATO 07/Corrupção Passiva/Art. 317, § 1º, do CP – FATO 08/Corrupção Ativa/Art. 333, § Único, do CP).

Consumados os delitos antecedentes de corrupção, entre 01º de fevereiro de 2012 e 1º de outubro de 2014, o executivo da ENGEVIX JOSÉ ANTUNES SOBRINHO, sob orientação e anuência de LUIZ SOARES e LUIZ MESSIAS, e com a participação do falecido NEY GEBRAN, por intermédio de organização criminosa, ocultaram e dissimularam a origem, a natureza, disposição, movimentação e a propriedade de R\$ 1.306.249,80, por meio de pelo menos 30 repasses embasados em contrato fictício celebrados entre a ENGEVIX e a empresa FLEXSYSTEM ENGENHARIA (FATO 09/Lavagem de Ativos/Art. 1º, §4º, da Lei 9.613/98).

No segundo semestre de 2011, NEY GEBRAN, em nome de LUIZ SOARES, procurou JOSÉ ANTUNES no escritório da ENGEVIX no Rio de Janeiro e, considerado os muitos contratos que a empreiteira tinha com a ELETRONUCLEAR, solicitou a realização de uma “colaboração mensal” que deveria ser feita para a empresa FLEXSYSTEM. Os valores seriam repassados em seguida ao diretor técnico da estatal LUIZ SOARES. NEY GEBRAN disse na ocasião que, caso houvesse os pagamentos, a ENGEVIX não seria atrapalhada na execução dos contratos. JOSÉ ANTUNES não deu resposta definitiva na ocasião para a solicitação de vantagem indevida.

¹²⁶ Optou-se, aqui, pela citação direta à denúncia com o único intuito de preservar os termos empregados pelo Ministério Público Federal, tanto em matéria de narrativa fática, quando de capitulação.

Não mais que dois meses depois, após nova investida de NEY GEBRAN, JOSÉ ANTUNES aquiesceu ao pedido e prometeu realizar os pagamentos mensais para o denunciado LUIZ SOARES, tendo sido acertado que seria feito um contrato com a FLEXSYSTEM para dissimular o repasse da propina, não havendo a efetiva prestação de qualquer serviço.

Desta feita, foi celebrado contrato de fachada assinado por JOSÉ ANTUNES SOBRINHO (pela ENGEVIX) e por NEY GEBRAN PEREIRA (pela FLEXSYSTEM ENGENHARIA), cujo objeto fictício consistiu na prestação de “serviço de apoio à contratante para consultoria em projetos civis e eletromecânicos”. De acordo com cópias das respectivas notas fiscais eletrônicas e o termo de quitação e extinção da obrigação contratual disponibilizado por JOSÉ ANTUNES SOBRINHO, foram realizados pagamentos no contexto deste contrato fictício, no período entre fevereiro de 2012 e outubro de 2014, alcançando o montante total de R\$ 1.306.249,80. Embora a solicitação de pagamento de propina pela ENGEVIX tenha sido feita por NEY GEBRAN em nome de LUIZ SOARES, foi possível concluir que a vantagem indevida era compartilhada com o denunciado LUIZ MESSIAS. Segundo JOSÉ ANTUNES, havia uma suspeita dessa constatação pelo fato de NEY GEBRAN demonstrar muito conhecimento de dados que eram da atribuição de LUIZ MESSIAS na ELETRONUCLEAR. Tal suspeita acabou por se confirmar em março de 2016, quando LUIZ MESSIAS procurou RONALDO FERREIRA DA SILVA, funcionário da ENGEVIX e disse-lhe para passar um recado a JOSÉ ANTUNES SOBRINHO, que estava preso na Polícia Federal em Curitiba, para que ele não referisse em sua colaboração premiada em negociação o contrato com a FLEXSYSTEM. LUIZ MESSIAS disse ainda ao interlocutor que se JOSÉ ANTUNES os entregasse, ele estaria enrolado e a ENGEVIX perderia os contratos em andamento. LUIZ MESSIAS ainda disse, em tom ameaçador, que “mortos não falam”, referindo a NEY GEBRAN, falecido dias antes.

Ouvido na Polícia Federal, RONALDO FERREIRA DA SILVA não só confirmou em detalhes a versão de JOSÉ ANTUNES como relatou diversas ocasiões em que LUIZ MESSIAS e também LUIZ SOARES, ameaçaram veladamente o funcionário da ENGEVIX. LUIZ SOARES chegou a dizer que “todos ficariam enrolados e os contratos da Engevix prejudicados”.¹²⁷

No tocante à prática de atos de ofício por funcionários da Eletronuclear em favor da Engevix, consta na denúncia:

A OTHON LUIZ era vinculado em nível hierárquico imediatamente inferior o Diretor Técnico LUIZ MESSIAS e, no patamar hierárquico seguinte, o Superintendente de Gerenciamento de Empreendimentos LUIZ MANUEL A. MESSIAS e o Superintendente de Construção JOSÉ EDUARDO B. COSTA MATTOS. Sabe-se que praticamente todas as decisões referentes à celebração de um contrato, à emissão de uma ordem de serviço, à certificação técnica e à certificação comercial em relação ao empreendimento Usina de Angra 3 passava por essa cadeia de comando.

Assim, os representantes da ENGEVIX tinham interesse em manter bom relacionamento não apenas com o presidente OTHON LUIZ, mas com outros gestores da ELETRONUCLEAR, mediante atendimento às solicitações de vantagem indevida, para que estes praticassem, omitissem e retardassem atos de ofício inerente às suas funções em favorecimento da empreiteira.

A partir de tais poderes, OTHON LUIZ e os denunciados LUIZ SOARES e LUIZ MESSIAS, atendendo aos interesses da ENGEVIX praticaram atos de

¹²⁷ BRASIL. Justiça Federal. 7ª Vara Federal do Rio de Janeiro. Ministério Público, José Antunes Sobrinho e outros. AP nº 0100511-75.2016.4.02.5101, 2016. p. 12-13.

ofício consistentes na celebração dos aditivos e contratos supramencionados.

Ao final da denúncia, o Ministério Público Federal, mais uma vez, faz referência ao depoimento prestado por Ronaldo Ferreira, que relatou encontros com Luiz Messias e Luiz Soares, em ocasiões separadas, nos meses de março e abril de 2016:

Ambos perguntaram à testemunha se ela havia passado a JOSÉ ANTUNES SOBRINHO, que estava preso, o recado sobre a FLEXSYSTEM. LUIZ SOARES inclusive teria sido expresso ao afirmar que “o valor total do contrato da ENGEVIX ainda estava na conta da FLEXSYSTEM, não tendo sido distribuído, momento em que disse que se houvesse uma delação por parte de JOSÉ ANTUNES todos ficariam enrolados e os contratos da ENGEVIX prejudicados. RONALDO FERREIRA ainda relatou que, após o afastamento de LUIZ MESSIAS de suas atividades na ELETRONUCLEAR, o ex-diretor procurou-lhe novamente, indagando-o mais uma vez sobre o “aviso” a JOSÉ ANTUNES.

Com base nos fatos narrados, José Antunes Sobrinho foi denunciado pela prática, por 19 (dezenove) vezes, do crime de corrupção ativa em sua modalidade qualificada, previsto pelo artigo 333, parágrafo único, do Código Penal, na forma dos artigos 29 e 71 do mesmo diploma legal, bem como pela prática, por 30 (trinta) vezes, do crime de lavagem de ativos, tipificado no artigo 1º, §4º, da Lei nº 9.613/98, também na forma dos artigos 29 e 71 do Código Penal.

Para que se proceda propriamente à verificação dos tipos de ação, é necessário, em um primeiro momento, apresentar o contexto das imputações. Isso implica, obrigatoriamente, uma análise dos contratos apresentados pelo *parquet* como objeto dos crimes de corrupção. A Engevix tinha, à época dos fatos, três contratos em andamento com a Eletronuclear.

O primeiro, contrato CT-141, foi firmado em fevereiro de 1982 para a execução de serviços de engenharia e consultoria de projeto nas obras de construção da Central Nuclear Almirante Álvaro Alberto, Unidades 2 e 3. Houve, em 4 de junho de 2012, aditivo de ajuste do valor total e inclusão de anexos. De R\$ 7.700.000,00 (sete milhões e setecentos mil reais), o valor total do contrato passou a ser de R\$ 12.347.000,00 (doze milhões e trezentos e quarenta e sete mil reais).

O segundo, contrato GAC.T-CT-0033/10, referente à prestação de serviços técnicos voltados aos cálculos estruturais da usina de Angra 3, teve aditivo aprovado em 8 de fevereiro de 2012 para o aumento do valor do contrato em R\$ 2.977.258,35

(dois milhões e novecentos e noventa e sete mil e duzentos e cinquenta e oito reais e trinta e cinco centavos).

O terceiro, contrato GAC.T-CT-4500136548, que tinha por objeto a prestação de serviços técnicos especializados de Projeto da Tubulação da Área Externa e Tubovia de Interligação das usinas de Angra 2 e 3, teve dois aditivos formalizados para estender expressivamente o prazo de execução dos serviços.

Ademais dos contratos já firmados, o Ministério Público Federal afirma que outros cinco processos licitatórios da Eletronuclear, cujos resultados foram posteriores às reuniões de Ney Gebran Pereira e José Antunes Sobrinho e nos quais a Engevix foi consagrada vencedora ou subcontratada, foram objeto de crimes de corrupção. Essa tese é corroborada por auditoria realizada pela Secretaria Extraordinária de Operações Especiais em Infraestrutura do Tribunal de Contas da União, por determinação proferida no Processo TC 021.542/2016-3, que constatou a existência de indícios sólidos de fraude às licitações para a contratação dos projetos em que estava envolvida a Engevix.

Outra contextualização absolutamente necessária é a de que Ney Gebran Pereira, embora não fosse funcionário público, era amigo pessoal do acusado Luiz Soares, conforme amplamente reconhecido nos autos. Trata-se de terceiro através do qual Luiz Soares, funcionário público, praticou crime contra a Administração Pública.

Findo o relatório sobre a narrativa apresentada pelo Ministério Público, passo à análise dos fatos imputados, isentando-me – não sem certo sacrifício a uma mente programada para a advocacia – de apontamentos acerca da inépcia da denúncia. Ressalta-se, uma vez mais, que este estudo de caso pretende somente oferecer bases para a aplicação de um critério de distinção entre os crimes de concussão e de corrupção ativa, motivo pelo qual não se discutirá a imputação do crime de lavagem de ativos.

Em uma análise prévia à instrução, parece, em um primeiro momento, que a capitulação ao final da denúncia não corresponde com os fatos narrados. Isto porque a denúncia enfatiza que, quando da primeira reunião, Ney Gebran afirmou a José Antunes Sobrinho que a Engevix, empresa da qual este último era sócio e diretor, não seria atrapalhada na execução dos contratos com a Eletronuclear caso concordasse com o pagamento mensal de vantagem indevida.

Retomando o verbo latino *concutere*, do qual deriva o que hoje se conhece por concussão, verifica-se que Luiz Soares, utilizando-se de terceiro interposto (Ney Gebran), empregou a força contida na expressão do poder estatal para *balançar* José Antunes Sobrinho, com a pretensão de haver-se dos *frutos* de que ele dispunha¹²⁸.

A caracterização da exigência, de acordo com o exposto no último capítulo, afirma-se apenas através da análise de elementos objetivos externos. Neste caso, aliando-se uma análise qualitativa e quantitativa dos contratos em andamento entre a Eletronuclear e a Engevix – ou seja, tanto sua elevada expressão financeira quanto seu elevado número, conforme apontado pela denúncia - à posição de poder ocupada por Luiz Soares, cabe a interpretação de que o dito pedido corresponde, no mínimo, a uma imposição de vontade.

Nesse sentido, compreende-se que Luiz Soares, de maneira duplamente indireta – porque o fez através de terceiro e de forma, essencialmente, velada –, exigiu de José Antunes Sobrinho vantagem indevida, valendo-se da função pública que exercia.

Conforme se analisou no capítulo anterior, não é necessário, para a configuração da exigência, que se esteja diante de uma ameaça, visto que o Código, quando a ela se refere, fá-lo de maneira expressa. Isso não impede, todavia, que a presença de uma ameaça torne ainda mais evidente, enquanto critério externo à ação, que o funcionário público exigia, e não solicitava, vantagem indevida.

Invertendo-se a colocação de que, se a vantagem fosse paga, não haveria problemas na execução dos contratos, tem-se que, se o particular resistisse à imposição, enfrentaria os mencionados problemas. Trata-se, portanto, não apenas de exigência, mas de ameaça velada.

Ademais, a narrativa da denúncia traz a expressão “após nova *investida*” para se referir à conduta de Ney Gebran Pereira. Por investida, entende-se ataque agressivo, acometimento, assalto¹²⁹. Nessa linha, não pode uma investida do funcionário público, que condiciona o particular às suas vontades, pretender equiparar-se a mera solicitação.

¹²⁸ BUSATO, Paulo Cesar. **Direito penal**. Parte especial II. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 488.

¹²⁹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 8. ed. Curitiba: Editora Positivo, 2010.

Diante do exposto, tem-se uma primeira percepção de que imputação, na denúncia, da prática do crime de corrupção ativa a José Antunes Sobrinho foi equivocada.

No que diz respeito à instrução, Ronaldo Ferreira, testemunha de acusação cujo depoimento em sede policial já fora utilizado pelo Ministério Público Federal para embasar as imputações contidas na denúncia, foi ouvido em juízo, ocasião na qual confirmou suas declarações anteriores. Houve, no entanto, uma alteração: ao ser questionado sobre a ocasião em que Luiz Messias o chamou para comparecer à sede da Eletronuclear, afirmou que foi expressado em tom amigável o pedido de aviso a Antunes sobre a desnecessidade de mencionar o dinheiro da Flexsystem em eventual delação premiada, pois seria prejudicial, inclusive, à empresa.

Importante ressaltar, neste aspecto do depoimento, que o tom dirigido a Ronaldo Ferreira por Luiz Messias é irrelevante para a verificação do sentido do pedido, que se dirigia a José Antunes Sobrinho. O sentido está, precisamente, no que se interpreta da relação estabelecida entre Messias – enquanto locutor – e Antunes – enquanto interlocutor – pela mensagem enviada por intermédio do terceiro, Ronaldo.

Levando em consideração a premissa expressa por Vives de que, para compreender a ação, é necessário observar os indicadores objetivos externos, destaca-se que a Engevix, à época deste último pedido, ainda tinha contratos em andamento com a Eletronuclear, empresa na qual Luiz Messias exercia direta influência. O chamado a um empregado da Engevix por um funcionário de alto escalão da Eletronuclear para fazer um pedido, expressando abertamente que agir de maneira contrária seria prejudicial à empresa do destinatário desse pedido, nada mais significa do que nova ameaça velada, que corrobora a afirmação de que os acertos e pagamentos de vantagem indevida aos quais se refere a denúncia derivaram, desde o princípio, de uma exigência indireta de Luiz Soares.

Quando interrogado, Luiz Soares admitiu saber que era destinatário final de valores pagos a título de propina, mas alegou que fora Antunes quem ofereceu a vantagem indevida.

Finda a instrução, o Ministério Público Federal requereu, em sede de alegações finais, a condenação de José Antunes Sobrinho nos termos da denúncia. Como argumento para afirmar a caracterização do crime de corrupção ativa qualificada, o *parquet* apontou a conclusões investigatórias no sentido de que, em

razão da vantagem paga, Othon Luiz, Luiz Soares e Luiz Messias, atendendo aos interesses da Engevix, omitiram a prática de “atos de ofício que ferissem o interesse da ENGEVIX na execução dos contratos com a ELETRONUCLEAR”¹³⁰. Trata-se, segundo o Ministério Público, de comprovação, ao menos, da compra de boa vontade.

Em sentido oposto, a defesa de José Antunes Sobrinho requereu, em suas respectivas alegações finais, a desclassificação do crime para o de concussão, com a consequente absolvição do acusado das imputações de corrupção ativa.

É, finalmente, a partir da análise dessa linha de argumentação do Ministério Público Federal, refletida na sentença, que se chega à segunda e última pergunta deste trabalho: a verificação de uma contraprestação do funcionário público, que beneficie o particular de quem se exigiu a vantagem indevida, posteriormente ao cumprimento da exigência, é suficiente para deslocar o tipo de concussão para os de corrupção ativa e passiva?

A resposta, de pronto, parece negativa.

A fim de que o argumento se desenvolva, nessa linha, a partir de uma compreensão global do caso, passo à exposição da fundamentação da sentença condenatória para, em seguida, justificar a negativa através da noção dos bens jurídicos afligidos pelas condutas tipificadas pelos crimes em análise.

5.3 SENTENÇA CONDENATÓRIA: FUNDAMENTAÇÃO E EQUÍVOCOS

Em 27 de outubro de 2017, o douto juízo da Sétima Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro prolatou sentença para condenar José Antunes Sobrinho pela prática de um crime de corrupção ativa qualificada, previsto pelo artigo 333, parágrafo único, do Código Penal, bem como de um crime de lavagem de ativos, também na modalidade qualificada, previsto pelo artigo 1º, §4º, da Lei n. 9163/1998.

Por ter prometido pagar vantagem indevida para beneficiar o corréu LUIZ SOARES, por intermédio de contrato fictício assinado pelo réu e Ney Gebran, na forma de contribuição continuada, que culminou no depósito, em conta bancária da pessoa jurídica FLEXSYSTEM ENGENHARIA, no valor de, pelo menos, R\$ 1.306.249,80 (um milhão, trezentos e seis mil, duzentos e quarenta e nove reais e oitenta centavos (Fato 08)¹³¹.

¹³⁰ JUSTIÇA FEDERAL. 7ª Vara Federal do Rio de Janeiro. PRIPYAT. Ministério Público, José Antunes Sobrinho e outros. AP nº 0100511-75.2016.4.02.5101, 2016. p. 7610-7614.

¹³¹ Ibidem. p. 10078.

No corpo da sentença, a condenação foi fundamentada nos seguintes termos:

Em relação a LUIZ SOARES, ficou confirmada a celebração de pelo menos um contrato fictício, assinado por JOSÉ ANTUNES (pela ENGEVIX) e por Ney Gebran (pela FLEXSYSTEM ENGENHARIA), sendo realizados pagamentos no período de fevereiro de 2012 a outubro de 2014, que alcançaram o montante de R\$ 1.306.249,80 (um milhão, trezentos e seis mil, duzentos e quarenta e nove reais e oitenta centavos - conforme descrito na denúncia - fl. 13 e memoriais finais – fl. 7481 – fato 09), valor esse confirmado no interrogatório de JOSE ANTUNES SOBRINHO.

Ressalto que não merece prosperar a tese da defesa técnica, formulada no sentido de que LUIZ SOARES não praticou o crime de corrupção passiva em relação aos valores oriundos do contrato celebrado entre a ENGEVIX e a FLEXSYSTEM, por só ter tomado conhecimento do acerto posteriormente. Não obstante a prova dos autos aponte que não teve contato direto com JOSÉ ANTUNES SOBRINHO, mas apenas com Ney Gebran, tinha consciência de que lhe estavam sendo destinados valores indevidos por meio das pessoas jurídicas FLEXSYSTEM em razão da sua função na ELETRONUCLEAR, ainda que como “agrado político”, conforme evidenciado pela prova oral produzida, o que é suficiente para configurar o crime de corrupção passiva, que descreve a conduta de receber ou aceitar promessa de vantagem indevida.

Analisando-se os interrogatórios de LUIZ SOARES e JOSÉ ANTUNES SOBRINHO, em cotejo entre si e com o depoimento prestado pela testemunha Ronaldo Ferreira, não há dúvidas de que houve um acerto, entre Ney Gebran, e ANTUNES SOBRINHO, no sentido de firmar um compromisso de efeito continuado quanto a pagamentos indevidos a serem realizados por meio de contrato fictício entre as pessoas jurídicas supra referidas, para beneficiar, pelo menos, o réu LUIZ SOARES.

Esses são os fatos que encontraram apoio nos elementos de prova analisados, suficientes a caracterizar a prática criminosa imputada e contidos no espectro de fatos narrados na inicial acusatória, não havendo, pois, que falar em absolvição por violação ao princípio da congruência, como quer a defesa.

A partir dessa análise, depreende-se também que a condenação do réu JOSÉ ANTUNES SOBRINHO pelo crime de corrupção ativa tratada no grupo de fatos 08/09, também se impõe. A tentativa tanto da autodefesa, quanto da defesa técnica em descaracterizar o delito, sustentando ter o réu sido vítima do crime de concussão, por ter sido extorquido, não condiz com a comprovação, pelos demais elementos, de que, na realidade, houve um acerto, em torno de um compromisso de efeito continuado.

Nesse ponto, JOSÉ ANTUNES SOBRINHO, isoladamente, em seu interrogatório afirma que houve exigência por parte do falecido Ney Gebran, e não solicitação. A versão não é verossímil e compatível com o contexto probatório em análise. A uma, porque tanto os fatos confessados por ele quanto pelos demais réus apontam para a realização de um acordo em que seria assumido um “compromisso” de efeito duradouro. A duas, porque a tese beneficia a defesa em contradição com a confissão dos fatos por LUIZ SOARES no sentido de ter aceitado receber a “propina”, não obstante busque caracterizar sua ação como fatos posteriores ao fato típico.

Ou seja, os fatos, como comprovados, não se enquadram na figura penalmente típica, por exemplo, do cidadão que é extorquido em um ato único, instantâneo por agente público em razão de sua função. Nesse ponto, o réu apenas menciona, como representante da ENGEVIX, eventuais dificuldades que poderiam ser criadas nas relações contratuais que tinha com a ELETRONUCLEAR. Nem mesmo a exculpante da inexigibilidade de

conduta diversa se aplica, no caso, de acordo com os fatos declarados pela defesa, que não demonstra, por sua versão, ter sido vítima de coação moral irresistível a caracterizar a inexigibilidade de conduta diversa¹³² tratada pela doutrina.

Se há possibilidade de resistência ou oposição do agente à coação, não incide a o disposto no art. 22 do Código Penal (“Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.”). A defesa não comprova que não havia outra alternativa se não aquiescer com a proposta de Ney Gebran.¹³³

A objeção à fundamentação teórica denúncia vai de encontro com o questionamento formulado no último ponto. Entendeu o magistrado que a tese de desclassificação para o crime de concussão não merecia provimento em razão, em primeiro lugar, da existência de um acerto em torno de compromisso de efeito continuado, motivo pelo qual não se poderia falar no particular como vítima.

Sobre este ponto, faz-se necessária uma exposição sobre os bens jurídicos afligidos pelas condutas tipificadas no crime de concussão.

Como se verifica com todos os demais crimes alocados no Título XI do Código Penal, o bem jurídico lesado pela concussão é a Administração Pública, especialmente no que se refere à probidade administrativa, à pessoalidade, à moralidade e ao decoro da Administração.

Sabendo que a concussão é crime de dano, lesa-se probidade da Administração e a impessoalidade, ao passo que o normal funcionamento da Administração sofre dano pela sobreposição de uma pretensão de favorecimento que, neste aspecto, muito se assemelha à corrupção.

Sobre o princípio da moralidade administrativa, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello que, guiada pelos cânones de lealdade e boa-fé, a Administração deve atuar na conformidade de princípios éticos e proceder com sinceridade em relação aos administrados. Nessa linha, as transgressões ao princípio jurídico de

¹³² Ressalta-se que a presente monografia não se ocupou da desconstrução do argumento utilizado pelo magistrado neste ponto, uma vez que, além de não ter sido levantado pela defesa, é absolutamente irrelevante na discussão sobre a adequação típica das condutas narradas pela denúncia. A inexigibilidade de conduta diversa, prevista pelo artigo 22 do Código Penal, consiste em causa legal de exculpação, uma permissão fraca que admite o afastamento da responsabilidade penal nos casos em que a norma não cobra pretensão de ilicitude em relação aos agentes, o que não guarda qualquer relação com a argumentação aqui exposta. Para aprofundamento no tema, vide BUSATO, Paulo Cesar. **Direito penal**. Parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 504-508.

¹³³ JUSTIÇA FEDERAL. 7ª Vara Federal do Rio de Janeiro. PRIPYAT. Ministério Público, José Antunes Sobrinho e outros. AP nº 0100511-75.2016.4.02.5101, 2016. p. 10049-10051.

moralidade administrativa dependem de uma violação “a uma norma de moral social que traga consigo menosprezo a um bem juridicamente valorado¹³⁴”.

Parte da doutrina¹³⁵ defende que existe uma tutela, em segundo plano, do patrimônio e da liberdade individual. Entretanto, a posição não parece correta. Conforme leciona Busato¹³⁶, o estabelecimento de um plano secundário em face de bens jurídicos implicaria uma relativização da afirmação de que um crime é complexo ou simples. Porquanto não se possa falar do crime de concussão como pluriofensivo, uma vez que essa classificação não faria distinção de escalonamento entre interesses públicos e particulares, há que se considerar que o único bem jurídico contemplado é a Administração, notadamente em seu decoro, moralidade e probidade.

Assim, adotando o posicionamento de que o Estado não é sujeito de direitos, mas somente um meio de efetivação dos direitos dos cidadãos¹³⁷ – neste caso, fala-se em interesse na probidade e regularidade de prestações da Administração Pública –, a vítima do crime de concussão, ou seja, o sujeito passivo do delito é exclusivamente a coletividade, e não o particular.

Destarte, sabendo que o dano à coletividade já foi consumado no momento da exigência e a concussão não prevê modalidade qualificada pela prática, omissão ou retardo de ato de ofício, torna-se irrelevante ao Direito penal o favorecimento posterior do particular. Isto porque já houve, desde o princípio, a subordinação do interesse público a uma pretensão de favorecimento.

Assim, verifica-se que a questão da impossibilidade entre os crimes de corrupção ativa e de concussão deve ser resolvida não pelo ato de ofício que venha a ser praticado pelo funcionário, mas pela discussão sobre a iniciativa. Sabendo que por esta última entende-se a propositura de algo, não se pode atribuir ao particular a iniciativa de uma oferta ou promessa de vantagem indevida que lhe foi, em verdade, exigida, imposta. Isto porque – ao contrário do que ocorre, a exemplo da corrupção

¹³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 120.

¹³⁵ Nesse sentido, BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Especial. 4. vol. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 400 e NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**: volume 4 (dos crimes contra a saúde pública a disposições finais). 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 247.

¹³⁶ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**. Parte especial II. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 490.

¹³⁷ “O Estado não é, em realidade, portador de direitos. Nem pode ser, porquanto não é indivíduo e não realiza o ato de mútua convivência. Só pode ser portador de direitos quem pode exigir, para si, em prol de seu próprio interesse, alguma atitude de outro. Tudo o que o *Estado* exige de cada um não é de seu próprio interesse, mas de interesse dos demais indivíduos. Assim, o *Estado* não é detentor de direitos, é mero gestor de direitos alheios (dos indivíduos)”. BUSATO, Paulo Cesar. **Direito penal**. Parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 19.

passiva, com um pedido, com o qual se pode concordar e em volta do qual se negocia, admitindo, portanto, uma promessa – a exigência somente se cumpre. Em outros termos, a ela se submete, no sentido de que a conduta do particular que, face a uma concussão, entrega a vantagem indevida ou se submete ao compromisso exigido de entregá-la transmite o sentido de cessão a uma imposição de terceiro.

Conclui-se, portanto, que se equivocou o magistrado ao proferir sentença condenatória pelo crime de corrupção ativa, em sua modalidade qualificada. Conforme toda a argumentação exposta, os fatos narrados pelo Ministério Público Federal na denúncia deveriam ter sido capitulados como crime de concussão.

Embora este trabalho aponte uma das diversas lacunas do Código Penal, que autoriza determinadas condutas sem seguir a verdadeira pretensão de justiça, a inconformidade e a comoção social em relação à impunidade não autorizam, sequer justificam, a aplicação extensiva do tipo de ação, o qual deve ser estritamente vinculado ao princípio de legalidade, basilar do Estado Democrático de Direito.

Destarte, o caso estudado demonstra, em defesa da construção secular das garantias fundamentais, a necessidade urgente do abandono aos processos mentais como equivalentes aos físicos, bem como a adequação da proposta de Tomás Salvador Vives Antón para dar cabo a essa superação.

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo estabelecer, através de uma análise de caso e sob a ótica da concepção significativa de ação, um critério viável de diferenciação entre os crimes de corrupção ativa e concussão, afirmados como impossíveis.

Para tanto, estabelecendo como marco o sistema penal estruturado a partir da concepção significativa de ação, de Tomás Salvador Vives Antón, buscou-se contribuir pontualmente com a compreensão das modalidades de tipos de ação de da concussão e da corrupção ativa através da propositura de soluções para dois questionamentos centrais.

O primeiro, guardando relação direta com o núcleo do tipo da concussão, consiste na pergunta sobre como se verifica que se está diante de uma exigência.

Para responder com propriedade ao questionamento, recorreu-se à figura do tipo de ação. Nesse sentido, quando se fala em tipo de ação como referencial da estrutura do sistema penal, nega-se o supraconceito de ação até então empregado pelas correntes que precederam a concepção significativa. Assim, a concepção da ação como sentido de um substrato normativo, implica, necessariamente, uma revisão dos fundamentos do Direito penal e tem por uma de suas inúmeras consequências o abandono aos inacessíveis elementos psicológicos da ação.

Logo, se a exigência não pode ser caracterizada pela “coação psicológica” ou “coerção psíquica” do sujeito a quem se dirige, conclui-se que a presença ou ausência do sentido de “exigir” somente se identifica por intermédio de uma análise tópica de indicadores externos.

Dada a aparente abstração dessa resposta, procedeu-se à análise do Processo Criminal nº 0100511-75.2016.4.02.5101, no qual José Antunes Sobrinho foi condenado pela prática de crime de corrupção ativa, na modalidade qualificada.

O segundo questionamento, levantado somente no momento da análise do caso, representa a linha mais tênue entre os crimes estudados. Indiretamente relacionada à modalidade qualificada do crime de corrupção ativa, a indagação incide sobre se a prática, omissão ou retardo de ato de ofício pelo funcionário público em benefício do particular, posteriormente ao cumprimento, por este, da exigência de vantagem indevida, é suficiente para deslocar o crime para o de corrupção.

Encontrou-se a solução a este último questionamento na noção de bens jurídicos. Admitindo-se que o crime de concussão é crime de dano e contempla, exclusivamente, uma ofensa à probidade, à moralidade e ao decoro da Administração Pública, não se pode pretender recorrer ao argumento de que o particular deixou de ser vítima de concussão no momento em que passou a ser beneficiado por atos de ofício do funcionário público. Isto porque a vítima sempre foi a coletividade.

Afirmou-se, portanto, que a discussão se encerra com o argumento da iniciativa. Os crimes de concussão e corrupção ativa foram entendidos como impossíveis à medida em que não se pode atribuir ao particular a iniciativa de oferta ou promessa de vantagem indevida que já foi objeto de uma exigência.

Após criteriosa verificação, concluiu-se que houve equívocos tanto na imputação quanto na sentença condenatória do caso analisado. Compreendeu-se que à narrativa dos fatos da denúncia corresponde o crime de concussão, previsto pelo artigo 316, *caput*, do Código Penal Brasileiro.

Por fim, feitas todas essas considerações e findo o presente trabalho, é imperativo o reconhecimento de que, embora aparentemente correta do ponto de vista do princípio de legalidade e de acordo com a concepção significativa da ação, a solução proposta oferece uma posição de impunidade ao particular que entrega ao funcionário público a vantagem que lhe foi exigida sem o emprego de violência ou grave ameaça e, como contraponto, beneficia-se de futuros atos de ofício praticados, omitidos ou retardados pelo funcionário. Trata-se de evidente lacuna no título dos crimes contra a Administração Pública, que poderá ser analisada em investigações futuras, objetivando o levantamento de eventuais propostas de incriminação.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A Política**. Trad. de Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Ícone, 2007.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Especial. 4. vol. São Paulo: Saraiva, 2004.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. “Algunas reflexiones sobre el objeto, el sistema y la función del Derecho penal”. em **Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos**, vol. I. Cuenca: Ediciones de La Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones de la Universidad de Salamanca, 2001. p. 859-893.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, 2011.

_____. **Decreto n. 847 de 11 de outubro de 1890**. Promulga o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm> Acesso em: 24 de agosto de 2018.

_____. **Decreto n. 22.213 de 14 de dezembro de 1932**. Aprova a Consolidação das Leis Penais, da autoria do Sr. Desembargador Vicente Piragibe. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D22213.htm> Acesso em: 24 de agosto de 2018.

_____. **Decreto-lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 23 de agosto de 2018.

_____. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Manda Executar Código Criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm> Acesso em: 24 de agosto de 2018.

_____. **Lei n. 10.763 de 12 de novembro de 2003**. Acrescenta artigo ao Código Penal e modifica a pena cominada aos crimes de corrupção ativa e passiva. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2003/lei-10763-12-novembro-2003-497698-norma-pl.html>> Acesso em: 24 de agosto de 2018.

_____. Polícia Federal. Superintendência Regional no Paraná. José Antunes Sobrinho e outros. Inquérito Policial nº 5026417-77.2015.4.04.7000, 2015.

_____. Tribunal Regional Federal (2. Região). 7. Vara Federal Criminal. Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Ação penal n. 0100511-75.2016.4.02.5101. Ministério Público Federal, José Antunes Sobrinho e outros, 2016.

_____. Tribunal Regional Federal (2. Região). 7. Vara Federal Criminal. Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Ministério Público Federal, José Antunes Sobrinho e outros, 2015. Ação penal nº 0510926-86.2015.4.02.5101, 2015.

_____. Tribunal Regional Federal (4. Região). Apelação criminal 94.04.44105-8/RS, 2ª T., un., DJ 7.301.

_____. Tribunal Regional Federal (4. Região). 13. Vara Federal Criminal. Primeira Subseção Judiciária de Curitiba. Ministério Público, Renato de Souza Duque e outros. Ação penal nº 5036518-76.2015.4.04.7000, 2015..

_____. Tribunal Regional Federal (4. Região) 13. Vara Federal Criminal. Primeira Subseção Judiciária de Curitiba. Ministério Público, José Antunes Sobrinho e outros. Busca e apreensão criminal nº 5028289-30.2015.4.04.7000, 2015.

BUSATO, Paulo César. Delitos de Posse e Ação Significativa – Crítica aos Besitzdelikte a partir da Concepção Significativa da Ação. In: **Sequência** (online). 2016, n. 73. p. 75-112. ISSN 0101-9562. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2016v37n73p75>.

_____. **Direito Penal e Ação Significativa**. Uma análise da função negativa do conceito de ação em Direito penal e a partir da filosofia da linguagem. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Direito penal**. Parte especial I. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Direito penal**. Parte especial II. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Direito penal**. Parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Sobre tipicidad e imputación: reflexiones básicas en torno a la imputación del dolo y la imprudencia, In: **Estudios penales en recuerdo del Prof. Ruiz Antón** (Octavio de Toledo y Ubieta, E.; Guardiel Sierra, M.; Corsés Bechiarelli, E. – coordenadores). Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

COSTA, António Manuel de Almeida. **Sobre o crime de corrupção**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1987.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Flávio Machado de Almeida. **Código Penal comentado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DRUMMOND, J. de Magalhães. **Comentários ao Código Penal**. 9. vol. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Corrupção no Poder Público**. Peculato, Concussão, Corrupção Passiva e Prevaricação. São Paulo: Atlas, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 8. ed. Curitiba: Editora Positivo, 2010.

FLETCHER, George. **Basic concepts in criminal law**. New York: Oxford University Press, 1998.

FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de Direito Penal**. 4. vol. São Paulo: José Bushatsky, 1959.

GALVÃO, Fernando. **Direito penal**. Crimes contra a administração pública. Belo Horizonte, D'Plácido, 2015.

GARCIA, Basileu. Dos crimes contra a administração pública. In **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro / São Paulo: DASP, vol. 8, 1947

GAUDEMET, Jean. **Institutions de l'antiqueté**. Paris: Sirey, 1967.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito penal**. Parte especial. 6. ed. 4. vol. Niterói: Impetus, 2010.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. Trad. de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 9. vol. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal – parte general**. 4. ed. Trad. de José Luis Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993.

LISZT, Franz von. **Tratado de Derecho Penal**, tomo 2. 3. ed. Trad. de Luis Jiménez de Asúa, Madrid: Instituto Editorial Reus, S.A., 1927.

LISZT, Franz von. **Tradado de Direito Penal Alemão**. Trad. da última edição por José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899.

LIVIANU, Roberto. Roberto. **Corrupção e Direito Penal**. Um diagnóstico da corrupção no Brasil. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MARTINEZ-BUJAN PEREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa**. Parte General. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

MARTÍNEZ-BUJÁN PEREZ, Carlos. La “Concepción significativa de la acción” de T.S. Vives y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionales del delito. In **Homenaje a Dr. Marino Barbero Santos**. 1. vol. p. 1141-1178, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha e Ediciones Universidad de Salamanca. 2001.

_____. **Derecho penal económico y de la empresa**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 120.

MEZGER, Edmund. **Tratado de Derecho penal**. Trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1957. t. I.

MEZGER, Edmund. **Modernas orientaciones de la dogmática jurídico penal**. Trad. de Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger e o Direito penal de seu tempo**. Trad. de Paulo César Busato da 4. ed, revisada e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal: volume 4 (dos crimes contra a saúde pública a disposições finais)**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 5. ed. São Paulo: RT, 2005.

OLIVEIRA, Edmundo. **Crimes de corrupção**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1994.

RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio. **Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

ROXIN, Claus. Contribución a la crítica de la teoría final de la acción, In. **Problemas básicos de Derecho Penal**. Madrid: Reus, 1976.

ROXIN, Claus. **Derecho penal, Parte General, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Días y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1997.

STOCO, Rui; STOCO, Tatiana de O. **Código Penal e sua interpretação**. 8. ed. Coord. Alberto Silva Franco e Rui Stoco. São Paulo: RT, 2007.

TEIXEIRA, Juliana Ferrer. **Corrupção passiva: análise do artigo 317 do Código Penal e sua relação com as Leis n. 8.429/92, n, 9.034/95 e n. 9.613/98**. Dissertação de Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010.

TELES, Nei Moura. **Direito Penal**. Parte especial III. São Paulo: Atlas, 2004.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. **Fundamentos del Sistema Penal**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

_____. El principio de culpabilidad. In **La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor Don Jose Cerezo Mir** (José Luis Díez Ripollés, Carlos María Romeo Casabona, Luis Gracia Martín e Juan Felipe Higuera Guimerá – edits.). Madrid: Tecnos, 2002.

WEBER, Hellmuth von. **Lineamientos del Derecho penal alemán**. Trad. de Leonardo Germán Brond. Buenos Aires: Ediar, 2008.

WELZEL, Hans. **El Nuevo sistema del derecho penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista**. Trad. e notas de José Cerezo Mir. Barcelona: Ariel, 1964.

_____. **Más allá del Derecho natural y del Positivismo Jurídico**. Trad. e notas de Ernesto Garzón Valdés. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 1962.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigaciones Filosóficas**. 2. ed. Trad. de Alfonso García Suárez e Ulisses Moulines. Barcelona: Editorial Crítica, 2002.